المختصر الفقهي

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور

للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف
أحمد الحبتور
للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD
AL HABTOOR
FOUNDATION

بسم الله الرحمن الرحيم

6

المختصر الفقهي

الفاروق

مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه

هاتف: 4448 394 4 971+ **فاكس**: 4476 394 4 971+

صندوق بريد 124343 **دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة**

البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

www.facebook.com/alfarooqcentre

@AlFarooqCentre

@alfarooqmosquecentre

www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)

978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى

1435هـ/2014م

[باب الفوات في المبيع]

أَصْبَغ: إن فات العبد حتى يكون المستحق مخيرًا في الثمن أو القيمة فالعهدة على السارق، وإن اختار ربه الثمن.

ابن رُشْد: إن أخذ ربه الثمن ففي نقد العهدة إليه عن الغاصب قولان لظاهر هذا السماع ودليل قولها في الاستحقاق.

ورواية سَحنون غائبًا ما في استحقاقها، وإذا لم تنتقل عهدة في القيام فأحرى في الفوت وهو دليل قولها في الغصب إن المستحق إذا أجاز البيع لزم المشتري الشراء؛ لأن الذي يوجبه النظر إذا انتقلت العهدة عن البائع إلى المستحق أن يكون المشتري بالخيار إن كانت ذمة المستحق معيبة بعدم أو حرام، فقول ابن القاسم في هذا السماع بانتقال العهدة للمستحق معناه: إن لم تكن ذمة المستحق أدنى من ذمة السارق، وقول أَصْبَغ صحيح؛ لأن العبد إذا فات لم يكن للمستحق أخذه فلا خلاف في عدم انتقالها عن السارق ولو اختار المستحق أخذ الثمن، وكان القياس إذا لم يفت العبد أو فات بزيادة أن لا يختلف في عدم انتقالها للمستحق؛ إذ ليس له أن يضمن الغاصب قيمته؛ فكأنه هو البائع إلا أن يقال: إذا باعه على أنه له فقد رضي بالتزام الدرك إن جاء له طالب وهو بعيد إنما يتصور الاختلاف في انتقال العهدة إذا أجاز المستحق البيع إذا كان العبد قد فات، وكان سيده مخيرًا في تضمينه الغاصب، وفي إجازته البيع، وفي أخذه عبده فاحفظ أنها ثلاثة أوجه: إذا أجاز المستحق البيع وأخذ الثمن، وجه تنتقل فيه العهدة ووجه لا تنتقل فيه اتفاقًا فيهما. ووجه فيه خلاف.

هذا موجب النظر عندي في هذه المسألة، وكان بعض من مضى يحصل في انتقالها ثلاثة أقوال، ثالثها: الفرق بين أن يكون العبد قائمًا أو فائتًا لا يفرق في فوته بين أن يكون المستحق أخذه أولا، وإذا أخذ المستحق القيمة من الغاصب فالعهدة عليه اتفاقًا؛ لأن العبد وجب له بالقيمة التي أخذت منه فيه، فإن استحق العبد من يد المشتري من الغاصب على القول أن العهدة لا تنتقل عن الغاصب فرجع المشتري على الغاصب بالثمن رجع به الغاصب على المستحق، فالإعذار فيما أثبته المستحق الثاني على المشتري

من الغاصب إنما يكون على المستحق الأول الذي رجع عليه الغاصب لا على الغاصب؛ لأن من حجته أن يقول أنا لا أدفع إذ لي على من أرجع، فإن خاصم ودفع لم يكن له رجوع إلا على الخلاف المتقدم في سماع عيسى من كتاب الاستحقاق والذي يفوت به العبد عند مشتريه من الغاصب، فوتًا لا يكون للمغصوب منه أخذه أن تذهب عينه أو يحصل في حال لا يجوز بيعه من إباق أو مرض مخوف على القول: إنه لا يجوز بيع المريض؛ لأنه كأخذه يكون مبتاعًا له بما وجب له على الغاصب من القيمة أو الثمن ويتخرج في هذا قولان على اختلافهم فيمن باع عبدًا أبق عند المشتري ثم فلس هل له أخذه وترك محاصة الغرماء أم لا؟ وسمع عيسى ابن القاسم في السلم والآجال من أسلم في سلعة بعينها أو طعام عند مواجبة بيعه أو ولاه فعهدته على البائع الأول وإن باعه إياه فهي على المشتري الأول إلا أن يشترطها على البائع الأول بحضرة البيع الأول فذلك جائز، ومن انقلب بسلعة ابتاعها أو فارق بائعها ثم أشرك فيها أو ولاها أو باعها فعهدته على الذي ولاه أو أشركه أو باع منه.

ابن رُشْد: تحصيلها أن من باع ما ابتاع بحضرة ابتياعه فالعهدة عليه اتفاقًا، ولو شرطها على بائعها، ففي إعمال شرطه قولا ابن القاسم، وابن حبيب ومعنى الأول إن لم يفضل الثمن الثاني الأول فإن فضله ففضله ساقط عن الأول إلا برضاه حمالته، وعلى الثاني يجوز كونها على الأول برضاه حمالة إن استحق المبيع خير المشتري في اتباعه بقدر الثمن الأول بائعه أو الأول؛ لأنه غريم غريمه ولا يتبعه بفضل الثمن الثاني إلا في عدم بائعه؛ لأنه حمالة، ومن أشرك أو ولي بحضرة ابتياعه، ففي كون العهدة على من باعه بشرط أو دونه قولان، وإن طال الأمر أو افترقا فالمشهور كونها على الثاني في المبيع والشركة والتولية، لا يجوز شرطها على الأول إلا برضاه حمالة فيخير المبتاع الثاني، والمشرك والمولى في اتباعه ما شاء منهما بما للثاني أن يتبع به الأول ولا يتبعه إلا بما زاد إلا بحكم الحمالة حسبما مر، وكان روى عن مالك جواز اشتراطها عليه، وإن كان غائبًا إن كان معروفًا يريد إن طرأ استحقاق إلا بما زاد على الثمن الأول، قال: وإن لم يكن معروفًا فسخ البيع، ثم رجع فقال: الشرط باطل إذا لم يكن بحضرة البيع.

قُلتُ: الضمير المجرور في قوله: فلا يرجع عليه إن طرأ استحقاق عائد على

المشترط لا على الغائب.

ابن رُشْد: ففي اشتراطها على البائع ثلاثة أقوال: أحدها: إن ذلك جائز وهو للبائع لازم ولو افترقا وطال الأمر، والثاني: إن ذلك لا يجوز ولو بحضرة البيع إلا برضاه حمالة، والثالث: الفرق بين شرطها بحضرة البيع أو بعد الافتراق والطول.

وفي الشركة والتولية قولان على من تكون بالحضرة، وقولان في جواز اشتراطها على البائع الأول بعد الافتراق أو الطول، وقيل: إذا لم يطل فلا يراعي الافتراق، ويجوز شرطها على البائع الأول وهو ظاهر قول أَصْبَغ في نوازله من جامع البيوع، وفي كون اشتراط البائع العهدة على أجنبي في عقد بيعه كفالة حتى يبين البائع براءته منها أو على العكس نقلا ابن رُشْد: عن سماع ابن القاسم أول كتاب الكفالة وعن أَصْبَغ، وحيث كونها على البراءة في فساد البيع به؛ لأنه ذمة بذمة وصحته؛ لأنه إنما بيع على أنها على الأجنبي لا على البائع ثم نقلت نقلاه عنهما مصوبًا صحته.

الغبن في البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق:

ابن رُشْد: في آخر مسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم من جامع البيوع لا يعذر أحد المتبايعين فيه إن كان في بيع مكايسة، هذا ظاهر المذهب، ولبعض البغداديين أنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث، وأقامه بعض الشُيُوخ من سماع أشهب في الرهون، وليس بصحيح؛ لأنها مسألة لها معنى من أجله وجب الرد بالغبن.

قُلتُ: سماع أشهب هو قوله من رهن حائطه من رجل في دين له عليه وأحلفه بالطلاق ليوفينه الثمن لأجل كذا، فلما قرب وخاف الحنث باعه الحائط الرهن بالدين، ثم قال له إنما بعتك حين خفت الحنث وأنا أظنك سترد علي مالي وأقضيك حقك، وقال المشتري: ابتعت منك بالبينة إن طابت نفس الحالف بالحنث، وكان الحائط كثير الفضل عن من باعه به، لا يشبه تغابن الناس في البيوع فله رد ماله ويقضيه دينه، ويقع حنثه.

ابن رُشْد: تعقبه ابن دحون، وقال: هذه مسألة ضعيفة، كيف يفسخ البيع للغبن، وذلك جائز بين كل متبايعين إلا ما خصته السنة بالرد، أو اشترى رجل من غير مولى عليه ما يساوي مائة درهم بدرهم لزم ذلك، ولم يفسخ ولم يختلف فيه وتقدم توجيهها

في سماع ابن القاسم.

قُلتُ: هو قوله في أول رسم منه: لو باع رجل جارية قيمتها خمسون دينارًا بألف درهم وارتهن رهنًا، ومشتريها من غير أهل السفه جاز ذلك.

ابن رُشْد: هذا يدل على أن لا قيام في بيع المكايسة بالغبن، ولا أعرف فيه في المذهب نص خلاف، وحمل بعض الشُيُوخ مسألة سماع أشهب على الخلاف، وتناول منها وجوب القيام بالغبن في بيع المكايسة، وليس بصحيح؛ لأنه إنما رأى له الرد بالغبن فيها من أجل إضطراره إلى البيع خوف الحنث على ما ذكر في الرواية كتضعيفهم وكالة الراهن للمرتهن على بيع الرهن، وحكاية بعض البغداديين، وأراه ابن القُصَّار إنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث ليس بصحيح.

أبو عمر: الغبن في بيع المستسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه، وبيع غيره، المالك أمر نفسه لا أعلم في لزومه خلافًا، ولو كان بأضعاف القيمة، وسمعه عيسى ابن القاسم في كتاب الرهون الباجي عن القاضي في لزوم البيع بما لا يتغابن بمثله أبدًا عادة وأحدهما لا يعلم سعر ذلك إذا زاد الغبن على الثلث، أو خرج عن العادة والمتعارف فيه قولان لأصحابنا، بالأول قال ابن حبيب.

قُلتُ: ظاهر قوله: أو خرج عن العادة والمتعارف فيه أن الغبن يتقرر بدون ما زاد على الثلث.

وقال أبو عمر: اتفق أهل العلم أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود، وكان أبو بكر الأبهري وأصحابه يذهبون إلى أن ما لا يتغابن الناس بمثله هو الثلث فأكثر من قيمة المبيع وما كان دون ذلك لم يرد فيه البيع إذا لم يقصد إليه ويمضي فيه اجتهاد الوصي والوكيل وأشباههما.

قُلتُ: هذا نص منه أن قدر التغابن هو الثلث لا الأكثر منه ففي حده بالأكثر أو بالثلث، ثالثها: ما دونه إن خرج عن المعتاد والمتعارف لنقل ابن رُشْد عن بعض البغداديين مع أبي عمر عن الأبهري والباجي عن القاضي هذا على ظاهر استعمالهم في قوله بعه بعشرة فصاعدا أن له بيعه بعشرة وعلى قول بعضهم أن الفاء في قوله: فصاعدا

عاطفة، فلا يجوز له بيعه إلا بأكثر من عشرة فيكون نقل أبي عمر كنقل ابن رُشْد وهذا قول ابن الصائغ في تعقبه على ابن عصفور رسمه الأعمال في المقرب.

وظاهر قول أبي عمران قدر الغبن في الوصي والوكيل كقدره في بيع من باع ملك نفسه وكان بعض من لقيناه ينكر ذلك ويقول غير بيع الوصي والوكيل ما نقص عن القيمة نقصا بينا وإن لم يبلغ الثلث وهو صواب؛ لأنه مقتضى الروايات في المدَوَّنة وغيرها كقولها إذا باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن لم يلزمك ويأتي لابن رُشْد كلام فيه احتمال.

المتيطي: قولنا في وثيقة التبايع وعرف كل منهما قدر هذا التبايع يسقط دعوى أحدهما الجهل بالمبيع إلا أن يدعي على صاحبه أنه علم بجهله فيجب له عليه اليمين أنه ما علم بجهله، فإن نكل، حلف الآخر وفسخ البيع.

قال بعض الموثقين: وتنازع البغداديون في ذلك، قال بعضهم: لا قيام بذلك، والبيع لازم؛ إذ كان له أن يسأل ويتثبت، وقال بعضهم: فذكر قول القاضي المتقدم قال: وبه قال منذر بن سعيد، قال هو وابن عات عن ابن مغيث: والأصل في ذلك أن ينظر إلى مدعي الجهل، فإن كان معروفًا بذلك اجتهد الحاكم، وإن كان من أهل البصر، والمعرفة لم تسمع منه حجة، وسئل ابن رُشْد عمن باع أملاكًا ورثها وأشهد على نفسه في عقد بيعها أنه عرف قدرها، ومبلغها ثم ادعى أنه ما دخلها ولا عرف قدرها ولا مبلغها، وشهد له كل أهل موضعها بما قال، فأجاب بأنه لا يلتفت لقوله والبيع له لازم.

قُلتُ: دعوى جهل المبيع راجع لدعوى الفساد، وجعله المتيطي، وغيره من دعوى الغبن ليس كذلك فتأمله، وسأل ابن رُشْد عن وصي باع على محجوره ربعًا من شريكه فيه بموجب بيعه ثم باع نصف جميعه ثم رشد اليتيم بعد أعوام وأثبت أن ربعه يساوي يوم بيع أمثال ثمنه، وأراد نقض بيعه بذلك في جميع ما بيع عليه والشفعة فيما باع من شريكه من حظه، فأجاب بأن له نقض البيع فيما هو قائم بيد المبتاع من الوصي لا فيما باعه من ذلك، وله فيما باعه فضل قيمته على ثمنه، يوم بيعه لفوته بالبيع؛ لأنه بيع جائز فيه غبن على من بيع عليه يرد ما دام قائمًا، على اختلاف فيه، قيل للمبتاع: أن يوفي

تمام القيمة، ولا يرد البيع وإن لم يفت، وقيل: يمضي له بقدر الثمن من قيمته يوم البيع؛ وهذه الأقوال قائمة من العتبيَّة لابن القاسم وسَحنون في سماعه وسماع أبي زيد، ولها في المدَوَّنة نظائر.

والنصف المردود على اليتيم من حصته؛ إنما يرجع إليه بملك مستأنف لا على الملك الأول فلا شفعة لها به على المبتاع الثاني لا في بقية حصتها، ولا في سائر المبيع ولا له عليها فيه شفعة بصفقته المتقدمة؛ إذ ليس ببيع محض؛ لأن البيع المحض ما تراضى عليه البائعان والمشتري الأول مغلوب على إخراج هذه الحصة من يده فهو بيع في حق اليتيم لكونه أخذه اليتيم باختيار ونقض بيع في حق المشتري؛ لأنه مغلوب على ذلك، والقول أن بيع الغبن يفيته واضح؛ لأنه إذا فات، البيع الفاسد، وقد قيل: إنه ليس ببيع فأحرى بيع الغبن؛ لأنه لا ينقص إلا باختيار أحدهما، والبيع الفاسد ينقض جبرًا.

وفيها: من أخطأ فباع سلعته مرابحة بأقل من ثمنها، ثم قام على المبتاع له الرجوع في سلعته إن لم تفت، ويفيتها ما يفيت البيع الفاسد، ولا فرق بين الغبن على الأيتام فيما باعه الوصي، وبين الرجل فيما باعه لنفسه فيما يوجبه الحكم في ذلك على القول بوجوب الرجوع بالغبن، وفي ثالث سلمها إن أسلم إليك رجل مائة درهم، في مائة أردب قيمتها مائتا درهم، فأقالك في مرضه ثم مات ولا مال له غيرها، فإما أجاز الورثة وأخذوا منك رأس المال، وإلا قطعوا لك بثلث ما عليك من الطعام فأخذ منه عدم القيام بالغبن، ومن قولها في الصرف: ومن اشترى بدينار مائة درهم أو دينارًا بدرهمين أو بدرهم، أو كان له على رجل ذهب حال فأعطاه بها دراهم فقال: لا أقبل إلا كذا.

والغبن بسبب جهل حال المبيع سمع فيه القرينان: باع مصلى ثم قال له مشتريه: هو خز، فقال البائع: ما علمت أنه خز لو علمته ما بعته بهذا الثمن هو للمشتري لا شيء للبائع عليه لو شاء تثبت قبل بيعه وكذا لو باع مرويًا، ثم قال: لم أعلم أنه مروي إنما ظننته كذا، أرأيت لو قال مبتاعه: والله ما اشتريته إلا ظنًا أنه خز وليس بخز فهذا مثله، وكذا من باع حجرًا بثمن يسير، ثم هو ياقوتة أو زبرجدة فبلغ مالًا كثيرًا بخلاف من قال: أخرج لي ثوبًا مرويًا بدينار فأخرج له ثوبًا أعطاه إياه ثم وجده من أثمان أربعة دنانير، فقال: أخطأت، هذا يحلف ويأخذ ثوبه.

ابن رُشْد: في سماع أبي زيد خلافه أن من اشترى ياقوتة وهو يظنها ياقوتة ولا يعرفها البائع ولا المبتاع فيجدها على غير ذلك أو يشتري القرط يظنه ذهبًا فيجده نحاسًا أن البيع يرد فيهما معًا، وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يسم أحدهما الشيء بغير اسمه، وسماه بما يصلح له على كل حال كقول البائع، أبيعك هذا الحجر وكقول المشتري: بع مني هذا الحجر فيشتريه وهو يظنه ياقوتة فيجده غير ياقوتة أو يبيع البائع ظنًا أنه غير ياقوتة فإذا هو ياقوتة فيلزمهما البيع في الحالين على سماع أشهب، ولا يلزمهما على سماع أبي زيد، ولو سمى أحدهما الشيء بغير اسمه، كقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة فيجدها المشتري غير ياقوتة وكقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة لم يلزم البيع اتفاقًا، واختلف إن لغز أحدهما لصاحبه في التسمية ولم يصرح، فقال ابن حبيب: يوجب الرد كالتصريح، وحكى أن شريحًا اختصم إليه في رجل مر برجل معه ثوب مصبوغ الصبغ الهروي فقال له: بكم هذا الثوب الهروي؟ فقال بكذا وكذا، فاشتراه بذلك ثم تبين أنه ليس بهروي، وإنما صبغ صبغ الهروي فأجاز بيعه، ولو استطاع أن يزين ثوبه بأكثر من هذه الزينة، قال عبد الملك؛ لأنه إنما باعه هروي الصبغ ولو قال: هروي سداه كان له رده وهو عندي اختلاف من قوله.

وقال بعض الشُيُوخ: إذا بيع الحجر في سوق الجوهر فوجده صخرة؛ فلمبتاعه القيام، وإن لم يشترط أنه جوهر، وإن باعه في غير سوق الجوهر ميراث أو غيره لم يكن له قيام وهذا عندي يجري على الخلاف في الألغاز.

والفرق بين الذي يبيع الياقوتة جاهلًا بها، وبين من قصد إخراج ثوب بدينار فأخرج ثوبًا بأربعة دنانير أن الأول جهل وقصر ولم يسأل من يعلم ما هو؟ والثالث غالط، والغلط لا يمكن التوقي منه فيحلف، ويأخذ ثوبه إن أتى بدليل صدقه من رسم أو شهادة قوم على حضور ما صار إليه في مقاسمة وشبه ذلك، ويرجع بالغلط في بيع المرابحة اتفاقًا، وفي بيع المساومة باختلاف، وتقدم في سماع ابن القاسم.

قُلتُ: هو سماعه من باع ثوبًا فأمر بعض قومته بدفعه لمبتاعه، ثم قال بعد انصرافه: إنما دفع إليك غير الثوب الذي بعتك أو كان هو دفعه إليه إن دفعه المأمور حلف الآمر، ورد عليه الثوب وإن دفعه البائع فقوله باطل إلا أن يأتي بأمر معروف من رسم أكثر مما

باع به أو شهادة من قوم قاسموه أو عرفوا ما قام به عليه فيحلف ويرد ثوبه.

ابن رُشْد: إن دفعه بعض قومته فلا خلاف في قبول قوله: مع يمينه، فإن حلف رد الثوب، ودفع الثوب الذي زعم أنه المبيع، فإن نكل؛ فلا شيء له إن كان المبتاع لم يكذب البائع فيما ادعى ولا يصدقه وإن كذبه حلفا معًا، فإن حلف أو نكلا؛ فلا بيع بينهما، وإن نكل أحدهما؛ فالقول قول الحالف إن كان البائع لزم المبتاع الثوب الذي عينه البائع ورد الآخر، وإن كان المبتاع أخذ الثوب المدفوع ولم يلزمه الآخر، وكذا لو أمر التاجر بعض قومته أن يري رجلًا ثوبًا فأراه إياه ثم باعه على تلك الرؤية ثم ادعى أنه غير الثوب الذي أمره أن يريه إياه، وأما إن باعه الثوب ثم دفعه هو، وادعى أنه غلط، فإن لم تكن له شبهة رسم ولا شيء لم يصدق، وإن كانت له شبهة فكما لو دفعه وكيله في الوجوه كلها، وفي كون دعوى الغلط في بيع المساومة كالمرابحة ولغوه قولان لظاهر هذا السماع مع نوازل سَحنون في كتاب العيوب في بعض الروايات، وما في الأقضية من المدَوَّنة، وقول ابن حبيب: وما في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب هنا محتمل أبو داود عن الحسن عن عقبة بن عامر: أن رسول الله ﷺ قال: **«عهدة الرقيق ثلاثة أيام»**[1].

عبد الحق: وأبو عمر عن المحدثين: لم يسمع الحسن من عقبة بن أبي شيبة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ عهدة الرقيق ثلاثة[2].

أبو عمر: اختلفوا في سماع الحسن من سمرة.

الباجي: معنى العهدة: تعلق المبيع بضمان البائع، والبيع فيما يبين فيه لازم لا خيار فيه، لكنه إن سلم في مدة العهدة علم لزومه المتبايعين معًا، وإن أصابه نقص ثبت خيار المبتاع كعيب قديم، وفي القضاء بها روايات.

الصقلي: روى محمد إنما عهدة الثلاث والسنة في الرقيق بالمدينة وأعراضها الذين جروا عليها لا يلزم بغيرها إلا بشرط.

---

(1) أخرجه أبو داود رقم (3506 و3507) في الإجارة، باب عهدة الرقيق.

(2) أخرجه ابن ماجه رقم(2244) كتاب التجارات باب عهدة الرقيق.

ابن حبيب: روى المصريون لا تلزم حتى يحملهم السلطان عليها.

وروى المدنيون يقضى بها في كل بلد وإن لم يعرفوها، وعلى الإمام أن يحكم بها ولو على من جهلها.

ابن رُشْد: سمع أشهب: لا يحمل الناس عليها.

وروى المدنيون يحملون عليها، ومثله سماع ابن القاسم في كتاب السلطان وددت ذلك وفي وجوب الحكم بها فيما بيع حيث لا يعمل بها قبل الحمل عليها، ثالثها: إن اشترطوها للمدنيين مع روايتهم وابن القاسم في الموازيَّة، ورواية المصريين.

وقال ابن عبد الحكم: عهدة السنة حرام ورواية المدنيين هو الآتي على أصل مذهب مالك وغيرها استحسان ومراعاة للخلاف، ولو شرط إسقاطها، حيث العادة ثبوتها ففي سقوطها ولزومها، ثالثها: يفسد البيع لنقلي اللخمي وتخريجه على فساد البيع بفساد شرطه.

وأشار المازري لرده بأن ذلك في الشرط المتفق على فساده، وإن كان مختلفًا فيه اختلافًا مشهورًا لم يوجب فسادًا؛ لأن الخلاف المشهور تحسن مراعاته، وإن شذ وضعف في النظر سقطت مراعاة.

الباجي: هنا معنى يحتاج إلى بيانه وهو إن شرط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد، كشرط ضمان المبيع بعد قبضه على بائعه، وما اختلف في محله إن كان فيه عرف جاز نقله بالشرط كشرط ضمان الغائب على غير ما يقتضيه العقد، وإن كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عند القائل بذلك فلا يجوز اشتراط نقله، فإن شرط نقله في عقد بيع عما يقتضيه العرف صح العقد وبطل الشرط، وإن كان العرف يخالف مقتضى العقد فشرط نقله إلى ما يقتضيه العقد والشرط، وإن شرط نقله عما يقتضيه العقد إلى العرف فإن كان العرف وجه صحيح صح العقد والشرط، وإن لم يكن له وجه صحيح بطل الشرط وصح العقد، فعلى هذا إن شرط العهدة في غير بلدها، فعلى قول المصريين يثبت العقد ويسقط الشرط؛ لأنه شرط ما يخالف مقتضى العقد والعرف من ضمان البائع للمبيع بعد القبض وعلى قول المدنيين يثبت العقد والشرط؛ لأنه شرط مقتضى العقد دون العرف، وإن شرط البراءة بالمدينة، فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد، وعلى

قول المدنيين يبطل الشرط ويثبت العقد.

ابن زرقون: ما تأول عليه الباجي رواية المصريين بقوله: يثبت العقد ويبطل الشرط خلاف ما حملها عليه ابن رُشْد: فتأمله.

المتيطي: إن اشترط العهدة لزمت ولو في بلد عرفهم البراءة، وإنما الخلاف متقدم في البيع يقع مبهمًا.

وفيها: عهدة السنة والثلاث أمر قائم بالمدينة.

قال مالك: لا عهدة عندنا إلا في الرقيق.

الصقلي عن ابن القاسم: إن كتب في الشراء في غير بلد العهدة وله عهدة المسلمين لم ينفعه ذلك وذكرها في الكتاب باطل.

وفيها: ما حدث بالرأس في الثلاث من مرض أو موت فمن بائعه، وكذا إن جرح فأرشه للبائع وللمبتاع رده.

الصقلي: عن الموازيَّة وكذا إن أصابه بياض بعينه أو حمى، وما ذهب من قبل الثلاث لا رد به.

أشهب: لا يعلم ذهاب الحمى ويستأنى به إن عاودته بالقرب رده ولو بعد الثلاث، وللباجي قبل ذكره قول أشهب ما نصه، قال سَحنون: ما تعتاد عودته كالحمى فله الرد، رفعه للحاكم حين أصابته أو لم يرفعه وسمع عيسى ابن القاسم يرد العبد بحدوث شربه الخمر في عهدة الثلاث أو زنى أو سرقة، وبكل ما أحدث أو أصابه فيها، وكذا حدوث ذلك بالأمة أيام حيضتها.

ابن رُشْد: لا خلاف في هذا في المذهب ولا فرق بين ما يحدث فيها في الأبدان أو الأديان أو الأخلاق إلا أن يتبرأ البائع بشيء من ذلك أنه فعله قبل البيع فيبرأ منه، وإن أحدث مثله في العهدة. وفرق أَصْبَغ في ذلك بين الإباق والسرقة وبين الزنا وشرب الخمر فيما أحدثه العبد أو الأمة في الثلاث والاستبراء.

قال فضل: قول أَصْبَغ على رواية أشهب وابن نافع فيمن يبيع العبد ويبرأ من الإباق ثم يأبق في عهدة الثلاث وجعل السرقة مثله؛ لأنه لا يدري ما يؤول إليه من ذهاب الجسد.

وفيها: من ابتاع عبدًا فأبق في الثلاث فهو من بائعه إلا أن يبيعه بيع براءة.

قال ابن نافع عن مالك: إن بيع بالبراءة من الإباق فأبق في الثلاث فهو من بائعه حتى يعلم أنه خرج من الثلاث سالمًا وإلا عجل برد الثمن وأضرب للعبد أجلًا، فإن علم أنه خرج من الثلاث سالمًا فهو من مبتاعه، وإن جهل أمره فهو من بائعه، وإن وجد بعد الثلاث لم تؤتنف فيه عهدة.

وسمع ابن القاسم: من تبرأ في بيع غلام من إباقه فأبق في عهدة الثلاث، ومات وجهل هل مات في العهدة أو بعدها؟ هو من مبتاعه حتى يأتي ببينة أنه مات في عهدة الثلاث، وكذا العور وسائر العيوب، وروى ابن نافع: أنه من بائعه حتى يعلم بالبينة أنه خرج سالمًا من الثلاث.

ابن رُشْد: رواية ابن نافع وقعت هنا في بعض الروايات مختصرة، وهي في المدَوَّنة وفي أول سماع أشهب كاملًا، وفي آخر سماعه المصيبة من مبتاعه حتى يعلم أنه مات في العهدة مثل سماع ابن القاسم، وإنما الخلاف إذا لم تعلم حياته ولا موته أو علم موته ولم يعلم إن كان موته في عهدة الثلاث أو بعدها، ولو علم موته في عهدة الثلاث فهو من بائعه ولو علم موته بعدها فمن مبتاعه اتفاقًا فيهما فإن عمي خبره فترادا الثمن على إحدى روايتي أشهب ثم أتى العبد كان للبائع ولم يرد لمبتاعه ولو أتى قبل أن يترادا فهو لمبتاعه حكاه محمد عن أشهب ومعناه عندي: إن تراضيا على ذلك دون حكم، ولو حكم عليهما بذلك لوجب رده لمبتاعه لانكشاف خطأ الحكم في ذلك؛ فلا اختلاف فيه، وسمع يحيي ابن القاسم لا يرد العبد بذهاب ماله في الثلاث.

ابن رُشْد: لأنه لا حظ له من ثمنه، ولو تلف في العهدة وبقي ما له انتقض بيعه وليس لمبتاعه حبس ماله بثمنه.

وفي نوازل سَحنون: لا عهدة ثلاث، ولا سنة في العبد المقرض ولا في المسلف فيه ولا المصالح به ولا المشترى بصفة، ولا المأخوذ بدين ولا المنكح به، ولا المخالع به، ولا المقاطع به، ولا المأخوذ من دم عمد كله على مذهب ابن القاسم، وروى أشهب في المنكح به العهدتان.

ابن رُشْد: لا عهدة في القرض اتفاقًا.

وقال ابن حبيب في المسلف فيه: العهدة والمصالح به يريد على الإنكار؛ لأنه كالهبة في حق الدافع، ولأنه يقتضي المناجزة؛ لأنه أخذه على ترك خصومة فلا يجوز التقايل فيه، ولو استحق ما رجع بالعوض كالبيوع، ولا عهدة في المأخوذ من دين أو من دم عمد لوجوب المناجزة في ذلك اتقاء الدين بالدين، وسقوطها في المشترى على الصفة؛ لأن وجه البيع يقتضيه لاقتضائه التناجز إذ كان الناس يتبايعون الغائب على ما أدركت الصفقة حيًا، وبيع الصفقة بيع مؤخر قاطع للضمان وسقوطها في المنكح به؛ لأن طريق النكاح المكارمة، وقد سماه الله نحلة. وسقوطها في المخالع به؛ لأن طريقه المناجزة؛ لأن المرأة لما ملكت نفسها بالخلع ملكًا تامًا لا يتعقبه رد وجب ملك الزوج العوض كذلك، وفي المقاطع به؛ لأنه إن كان معينًا فكأنه انتزاع، وإن كان غيره أشبه المسلم فيه، وفي سقوطها في المستقال منه قولا سَحنون وابن حبيب مع أَصْبَغ وهذا إذا انتقد وإلا سقطت اتفاقًا؛ لأنه كالمأخوذ من دين.

قول ابن العطار بسقوطها في العبد رأس سلم صحيح لاقتضاء السلم المناجزة، قد قيل: لا يجوز السلم على تأخير رأس ماله يومًا إنما يجوز تأخيره إلى ثلاثة أيام إذا وقع على المناجزة، وهو قائم من المدَوَّنة بدليل وقياس قوله: سقوطها فيما بيع بدين، واعترض ابن الهندي قول ابن العطار ورأى فيه العهدة.

وحكى ابن حبيب سقوطها في العبد الموهوب على الثواب ويدخله القولان في المنكح به.

ابن زرقون: حكى فضل عن سَحنون كقول أَصْبَغ في الإقالة خلاف نقل ابن رُشْد عنه قال: والعهدة في الإقالة على أنها بيع، وإن قلنا على أنها فسخ على ما تأوله بعض أصحابنا في الشفعة والمرابحة؛ فلا عهدة عليها قولًا واحدًا.

الباجي: روى أشهب: لا عهدة في الرد بالعيب؛ لأنه فسخ، وكذا البيع الفاسد يفسخ.

ابن زرقون: قوله هنا في الرد بالعيب يقتضي أنه نقض بيع كقول أشهب في استبرائها لا مواضعة فيمن ردت بعيب مثل قول ابن القاسم في الرد بالعيب منها في المديان يعتق فيرد عتقه ويباع للغرماء ثم يرد بعيب علمه المديان، وقد أيسر أنه يعتق

عليه، وقال أشهب: لا يعتق عليه.

قُلتُ: تقدم الكلام على قوليهما تناقضًا وتفريقًا.

الباجي: روى محمد في المسلف فيه، كقول ابن حبيب، وقال محمد: لا عهدة فيه، وإن كان ببلد العهدة إلا أن يشترطها، وقاله ابن القاسم، وقال سَحنون: لا عهدة في عبد أخذ من دين أو كتابة، وقول ابن حبيب: فيه العهدة، فيحتمل أن يكون بناء على قول أشهب: أن تعيين العبد كالقبض، ويحتمل أن يجري على قول ابن القاسم، وإن فسخ الدين في الدين؛ إنما هو فيما نقل من جنس لآخر.

وأما من ثبت له شيء في الذمة فعين بجنسه؛ فليس من فسخ الدين في الدين.

الباجي: ابتداء أيام عهدة الثلاث من يوم عقد البيع، فإن كان بعد الفجر؛ احتسب به، وإن كان في بعض النهار، فروى ابن القاسم: إن كان نصف النهار ألغي ذلك اليوم، وهذا مشهور لابن القاسم في العتبيَّة، ومقام المسافر، وقال سَحنون: بلغو أبعاض اليوم في إقامة المسافر، ويجب عليه أن يلفق في العهدة وتبعه المازري.

وقال ابن زرقون: روى ابن أبي زَمَنَيْن في العهدة كقول سَحنون في إقامة المسافر.

المتيطي: في إلغاء يوم التبايع وتكميله من الرابع بقدر ما مر منه، ثالثها: إن عقد قرب طلوع الشمس حسب ذلك اليوم وإلا ألغي لروايتي ابن القاسم وغيره وابن عبد البر.

ونقل عياض: إن مضى أكثر النهار ألغي وإلا حسب يومًا كاملًا قال: والأول ظاهرها.

قُلتُ: ففي لغو لزوم يوم العقد وتلفيقه ثالثها: إن مضى أكثره وإلا حسب كاملًا، ورابعها:: إن عقد قرب طلوع الشمس حسب كاملًا وإلا ألغي لروايتي المتيطي، وأبي عمر، ونقل عياض، وسمع عيسى ابن القاسم ابتداؤها في بيع الخيار من وقت انبرامه، ونقله الباجي وابن محرز وغير واحد كأنه المذهب.

المازري: هذا المنصوص؛ وإنما يصح بناء على أحد القولين عندنا، أن بيع الخيار إنما يقدر منعقدًا من وقت إمضائه.

وقول ابن رُشْد: في سماع عيسى: هذا على المشهور أن بيع الخيار، إذا أمضي إنما

يقع يوم أمضي، وعلى قولها في الشفعة يوم وقع تكون العهدة في أيام الخيار.

الباجي: وعلى العهدة في المبيع على الصفقة ابتداء الثلاث في بعيد الغيبة من يوم العقد، فإذا انقضت الثلاث بقي ضمان القيمة كبقاء ضمان الاستبراء بعدها، وتبعه المازري وقال: وكذا في المحتبسة بالثمن؛ لأن الضمان في ذلك عام، كعموم عهدة الثلاث، وسمع ابن القاسم قال: أيام العهدة من يوم تباع وتدخل في الاستبراء ليس بعد الاستبراء عهدة.

ابن رُشْد: مثله.

سمع أشهب: وإنما هذا إن أقامت في الاستبراء ثلاث ليال فأكثر، وإن أقامت؛ فلا بد من تمام عهدة الثلاث، وقال المشيخة السبعة: عهدة الثلاث بعد الحيضة، ونقله أبو عمر كأنه من المذهب.

قُلتُ: هذا خلاف قول ابن حارث اتفقوا في انقضاء عهدة الثلاث في المواضعة على أن ضمان عيوب باقي أيام المواضعة من البائع، واختلف إذا انقضت المواضعة قبل انقضاء أيام عهدة الثلاث، فروى محمد: عهدة الثلاث داخلة في الاستبراء، ومثله سماع أبي زيد رواية ابن القاسم، وقال محمد: إن كانت أيام المواضعة أقل من عهدة الثلاث فهذه الثلاث قائمة، وفي كون عهدة السنة بعد الثلاث أو من يوم العقد فتدخل فيها عهدة الثلاث، سماع القرينين، وقول ابن الماجِشُون مع رواية الواضحة.

وفرق ابن رُشْد بين دخولها في الاستبراء وعدمه في السنة بتماثل عهدة الثلاث والاستبراء لعمومها في كل عيب وخصوص السنة بالجنون والجذام والبرص.

وفي نوازل أَصْبَغ: من أراد رد عبد أو أمة بعيب لدعوى حدوثه في السنة أو الاستبراء، وقال بائعه: إنما حدث بعدهما صدق بيمينه ولو لم ينتقد، وقول ابن القاسم: إن لم ينتقد؛ صدق المبتاع بيمينه خطأ، وسألت أشهب فوافقني، وكذا قول ابن القاسم: في المعيب يفوت يصدق البائع في صفته إن انتقد، وإلا صدق المبتاع خطأ.

ابن رُشْد: قد روى عبد الأعلى عن أَصْبَغ في هذه المسألة أن القول قول المبتاع؛ لأن العهدة لزمت للبائع؛ فهو مدع انقضاءها، وعلى ذلك يأتي قوله في نوازله في طلاق السنة في النصرانية: تسلم تحت نصراني ثم يسلم زوجها، فيريد رجعتها، فتزعم أنها

حاضت ثلاث حيض بعد إسلامها، وأن إسلامها كان لأكثر من أربعين يومًا لما يحاض في مثله ثلاث حيض. ويزعم الزوج أن إسلامها كان منذ عشرين ليلة لما لا يحاض في مثله ثلاث حيض، وفيمن طلق امرأته واحدة وأراد رجعتها، وقال: إنما طلقتها أمس، وقالت: طلقني منذ شهرين وحضت ثلاث حيض، إن القول قول الزوج؛ إذ لا فرق بين دعوى انقضاء العدة ودعوى انقضاء العهدة، وإلى هذا القول ذهب سَحنون فقال: في قول أَصْبَغ في هذه النوازل إن القول قول البائع هذا خلاف ما أجمع عليه سلفنا في معرفة المدعي من المدعى عليه.

ومن لزمته العهدة والاستبراء فزعم أنهما قد انقضيا فهو مدع، وهذا على مذهب سَحنون انتقد أو لم ينتقد، القول قول المبتاع وهو قول ابن القاسم في الوكالات منها فيمن رد نصف حمل طعام بعيب فقال البائع: بل بعتك حملًا كاملًا، القول قول المبتاع، وظاهره أنه نقد لقوله: إذا حلف البائع لم يرد من الثمن إلا نصفه، وعهده السنة من حادث الجذام والبرص والجذام فيها، ولو ظهر فيها ما شك في كونه جذامًا أهل البصر كخفة الحاجبين، ورفع المبتاع أمره للقاضي وتحقق قرب انقضائها، ففي الرد به قولان لسماع يحيي ابن القاسم مع ابن رُشْد عن محمد وابن حبيب، ونقله عن ابن وَهْب وأشهب وأَصْبَغ ومحمد مع ابن حبيب عن ابن القاسم وابن كنانة وصوبه ابن رُشْد.

الباجي عن ابن وَهْب وأشهب وابن الماجِشُون وأَصْبَغ: يرد بما يتقى بعد السنة إذا شك فيه قبل انقضائها، وقال محمد: إذا تيقن سببه في السنة وعلم أنه لا يظهر إلا بعدها رد به.

وفي سماع يحيي في البرص كالجذام وفيه إن ادعى مشتري أمة في السنة أنها مجنونة، ورفع أمرها للإمام ولم يبين خنقها للعدول وما تحققوه إلا بعد السنة بما يستراب دون تحقق من جنون أو غيره ولا بما يتحقق من ذلك قرب انسلاخ السنة إن لم يظهر دلائله في السنة، قال: وفي الرد بالجنون وذهاب العقل وإن كان بجناية وإن لم يكن بها، ثالثها: لا يرد إلا بالجنون لابن وَهْب، ولها ولابن حبيب.

ابن زرقون: الرد بالجنون، ولابن عبد الحَكم لا يرد به، وفي ذهاب العقل ثالثها: إن ذهب بجناية لابن حبيب، وابن وَهْب ولها.

وفيها: لا يرد من الجرب والحمرة وأن تسلخ وورم ولا من البهق في السنة ولا من صمم أو خرس إن كان معه عقله.

ابن الحاجب: وما يطرأ واحتمل فيها وبعدها فمن المشتري على الأصح.

قُلتُ: ظاهره أنه لو اتفقا على زمن العقدة واختلفا بعد انقضاء السنة في جذام به حينئذ، فقال البائع: حدث به بعد السنة وقال المشتري: حدث فيها، إن القول قول البائع على الأصح ولا خلاف في هذه الصورة، أن القول قول البائع وإنما الخلاف إذا تداعياه باختلافهما في زمن العقد حسبما قدمناه، وتفسير كلامه بهذا بعيد من لفظه عند من تأمل وأنصف والأولى تفسيره بقول ابن شاس: إن طرأ على المبيع أمر أشكل وقت حدوثه ولم يدر أفي العهدة أو بعدها هل يكون ضمانه من المبتاع أو البائع مذهبان: لمقابل أصلي السلامة والضمان.

قال ابن القاسم في العبد يأبق في العهدة وقد تبرأ بائعه من الإباق فذكر ما تقدم من روايتي ابن القاسم وابن نافع ولو عبر بقوله من تبرأ من إباقه فمات فيه وجعل كون موته في الثلاثة أو بعدها ففي كونه من مبتاعه أو بائعه روايتا ابن القاسم وابن نافع لكان واضحًا.

ابن شاس: وللمبتاع إسقاط العهدة بعد العقد: وقول ابن الحاجب: والبائع قبله كعيب غيره بحمل.

وقال ابن عبد السلام: يحتمل أن يريد أن البائع قبل إسقاط المشتري لحقه في العهدة إذا أسقطها بعد ذلك يكون حكم المشتري معه في العيب الحادث بعد الشراء، وقبل الإسقاط كحاله في البيع الذي لا عهدة فيه، ومعنى هذا أن من اشترى عبدًا على عهدة الثلاث، وقبضه وبقي عنده يومين ثم أسقط حقه في باقي العهدة ثم اطلع على عيب حدث في اليوم الأول والثاني فإن حكمه في ذلك حكم من اشترى عبدًا واطلع فيه على عيب قديم له الرد به ولا يكون بإسقاط حقه في باقي العهدة مسقطًا لما مضى منها.

قُلتُ: ظاهر كلامه أولًا: تفسير كلامه بإسقاط المشتري حقه في كل أيام العهدة، وظاهر قوله ومعنى هذه تفسيره بإسقاطه إياها في باقي العهدة، ولو أعتق العبد مبتاعه،

ثم حدث به عيب في الثلاث، ففي سقوط حقه في العيب وباقي العهدة، ورجوعه بقيمته ثالثها: يرد عتقه، للباجي عن الموازيَّة وأَصْبَغ مع سَحنون وابن حبيب عن ابن القاسم في عهدة السنة حاكيًا عنه الأولين.

الباجي: ودخول الثالث في عهدة الثلاث أولى، وعزا اللخمي الأول لابن القاسم ومحمد قائلًا: ولو كان أعتقه يحنث يمينه بعتق ما يملك.

قال اللخمي: وقول ابن القاسم: أشكل في عهدة الثلاث من عهدة السنة؛ لأن للبائع في عهدة الثلاث أن يمنعه من العتق إلا أن يسقط العهدة، وليس كذلك في عهدة السنة.

وقول محمد بسقوط العهدة في عتقه بالحنث ليس بحسن؛ لأنه فيه غير قاصد لإسقاط العهدة إلا أن يحنث اختيارًا، وإن أعتق الأمة في استبرائها فإن كان الاستبراء من غير البائع نفذ الآن ثم يختلف هل تسقط العهدة، وإن كان من وطء البائع فأعتقها هو والمشتري وقف عتقها، إن ظهر حملها عتقت على البائع وإن حاضت عتقت على المشتري فإن كان حدث بها عيب في الاستبراء لم يرجع به على قول ابن القاسم ورجع به على قول أَصْبَغ.

ابن رُشْد: في كون عتقه وإيلاده في الثلاث أو السنة قطعًا لهما فلا يرجع على البائع بشيء ولغوه فتثبتان ويرجع على البائع بقيمة العيب ثالثها: في عهدة الثلاث لا في السنة لسماع أَصْبَغ ابن القاسم وسَحنون مع أَصْبَغ وسَحنون في نوازله في بعض الروايات.

وفي سماع أَصْبَغ: قال ابن كنانة: من يبتاع العبد بيع الإسلام وعهدته فيعتقه، ثم يظهر به جذام في السنة يرجع على البائع، بما بين القيمتين، وكذا في إيلاد الأمة.

ابن القاسم: كان مالك يقول: يرد العتق ويأخذ المشتري الثمن كله، ولست أراه، ولا قول ابن كنانة؛ بل عتقه قطع لعهدة السنة.

ابن رُشْد: إن لم يكن له ثمن، فقال ابن كنانة: يرجع المبتاع على البائع بجميع الثمن ويمضي عتقه، فإن مات العبد عن مال أخذ البائع منه الثمن الذي دفع لمبتاعه وبقيته للمبتاع.

قُلتُ: فالأقوال بقول ابن كنانة ومالك خمسة، ومغايرة قول سَحنون، لقول ابن

كنانة: إن مقتضى قول سَحنون أن كل ما يتركه العبد المعتق للمبتاع خلاف قول ابن كنانة يأخذ منه البائع الثمن.

الشَّيخ: روى محمد النفقة في عهدة الثلاث على البائع.

المتيطي: كذا في المواضعة وبيع الرقيق بخيار؛ لأن ذلك في ضمانه، فإن أسقط المبتاع في العهدة صارت عليه كالضمان.

الباجي: إن شرطه بطل العقد ولا يجوز شرط وضعه على يدي البائع مختومًا عليه؛ لأنه كشرط نقده، وعلى قول القاضي هي مسألة العربان يكون جائزًا، ولو طلب البائع وقفه على يدي عدل ففي لزومه روايتا المبسوط مع العتبية والموازيَّة، ولو تلف بعد وضعه، ففي صحة تمسك المبتاع بالبيع ناقصًا ولزوم فسخ البيع برد الأمة لبائعها قول أَصْبَغ مع سَحنون وأحد قولي ابن القاسم.

وثانيهما: ابن الماجِشُون: وعلى الأول في تمسكه به بالثمن التالف أو بثانٍ.

ثالثها: إن تلف بعد حدوث العيب لمحمد عن ابن القاسم وابن عبدوس عن ابن الماجِشُون وسَحنون.

ابن زرقون: قول سَحنون هو نحو ما حكى ابن عبدوس عن ابن الماجِشُون قال: وسواء علم بتلف الثمن أو لم يعلم؛ لأنه وقت حدوث العيب والثمن قائم كان له الخيار في قبول العيب؛ فلا يرفعه تلف الثمن.

ابن عبدوس: وهو تفسير قول ابن الماجِشُون وحمله أبو الوليد على ثلاثة أقوال.

الباجي: ويجوز الطوع بالنقد إن لم يكن بيع خيار، وسمع عيسى ابن القاسم ما حدث للعبد في الثلاث من نماء ماله بربح أو عطية لمبتاعه إن شرط ماله وإلا فلبائعه.

ابن رُشْد: القياس أن نماه بالعطية لبائعه؛ لأنه في ضمانه، وقول ابن القاسم استحسان، ورعى القول بعدم عهدة الثلاث.

قُلتُ: غلته فيها لا أعرف فيها نصًا لمتقدم ويجري على نماء ماله بالعطية للبائع، ولابن شاس: الغلة فيها لمبتاعه، ورأى بعض المتأخرين أنها للبائع؛ لأن الخراج بالضمان.

وفيها: إن قطعت يده أو فقئت عينه في الثلاث فالأرش لبائعه؛ لأنه في ضمانه

ولمبتاعه أخذه بالثمن كله أورده، وقبول عبد الحق تعقب ابن أبي زَمَنَيْن، أخذه المبتاع بوجوب وقفه لبرء جرحه ولا حد له، قال: والوجه فسخه إلا أن يعفو البائع عن الجناية إن كانت غير مخوفة وإلا فلا؛ لأنه كبيع مريض يرد بأن أخذه بالعقد السابق؛ لأنه كان بتًا، والخيار كخيار العيب.

وفيها: والنقد في عهدة السنة جائز وهي من الجنون والجذام والبرص.

الباجي: هو فيها لازم؛ لأن ما يتقي فيها نادر ولا يحكم به.

وفي الجلاب: لا بأس بالنقد فيها وعبارة الباجي أصوب وهي الحكم.

المازري عن الأشياخ: البيع الفاسد كالصحيح في العهدة، واحتج له ابن عبد الرحمن بأن شرط النقد في الخيار لا يرفع ضمانه عن البائع كالصحيح، وضمان ما ليس فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد من مبيع لم يحبس في ثمنه في كونه من مبتاعه بعقده بتًا أو يمضي زمن قبضه، ثالثها: بتمكينه، ورابعها:: بقبضه، ولو قبض ثمنه، وطال الأمد لها مع الموطأ والمازري عن نقل البغداديين المذهب، واللخمي عن أحد قولي مالك والمازري عن فهم بعضهم المذهب وعن غيره، وابن زرقون مع ابن رُشْد عن أشهب مع اللخمي عن ثاني قولي مالك قال هو والمازري: روى ابن شعبان: إن كان المشتري من أهل البلد موسرًا فضمانه من البائع وإلا فمن المشتري، وإن كان الأجل عشرة أيام ونحوها فمن البائع؛ لأنه كرهن في يده.

قُلتُ: هذا يدل على أن المبيع محبوس، الفرض خلافه ووجه اللخمي الأخير بأن البيع حقيقة هو التعاقد والتقابض قال: والتعليل لأمد التسليم ليس بحسن؛ لأنه لو رأى أن عليه التوفية والتسليم لما سقط ذلك بالتراخي، كما لا تسقط به توفية الكيل.

المازري: هذا التشبيه ضعيف؛ لأن الضمان قبل الكيل والوزن لكون المبيع لا يتميز عن ملك البائع إلا بأحدهما، والعبد والثوب مميزان بذاتهما، وإنما قال: من قال بوقف الضمان على التمكين لعدم قدرة المشتري على القبض، فإذا مضى زمن إمكان قبضه انتفى وقف ضمانه لانتفاء موجبه، ويبعد أن يعتقد أحد من أهل المذهب أن حقيقة البيع التبايع والتقابض.

وفي نوازل سَحنون: سئل عن الرجل يبتاع الأرض أو الدار أو غير ذلك، وعرفه

للمبتاع في يد بائعه بحوزه، وتملكه، فيطلبه بتحويزه، أترى على البائع حوزًا؟ قال: إن اشترى ما عرفه بيد بائعه؛ فلا حوز له عليه، وإن دفعه عما اشترى دافع، فهي مصيبة نزلت بالمشتري.

ابن رُشْد: شراء الرجل الأرض أو الدار إن كان بإقراره للبائع بالملك واليد لم يلزمه له تحويزه ولا تنزيله فيه، وإن دفعه دافع عن النزول فيه، واستحقه مستحق فهي مصيبة نزلت به على قول سَحنون هذا والصواب لزوم إنزاله ما باعه منه، كما إذا كان مقرًا له بالملك غير مقر باليد خوف أن يمنعه نزوله فيه وكيله أو أمينه ويقول لا أدري صدق ما تدعي من شرائه.

المتيطي: إن نزل المبتاع في الملك المبيع على الجزاف كتب قبل تقييد الإشهاد ونزل المبتاع في المبيع فإن كان حد بعضه قلت ما حد منه وما لم يحد بعد أن وقفه عليه البائع حقلًا حقلًا وأراه إعلامه، وعرفه بحدوده فوقف على جميع ذلك وأحاط به علمًا وإبراء البائع من درك الإنزال والتحديد وإن عري العقد من ذكر ثم أقر له بعد ذلك بحضرة بينة كتب ذلك بمعاينة البينة إنزاله حسبما تقدم، وإن لم يذكر الإنزال في العقد ولا فعلاه بعد، وطلب المبتاع إنزاله فقد مضى العمل بالحكم به وإلزامه البائع.

قال ابن الهندي: الرواية تدل على خلافه؛ لأنها واردة بأن ما أصاب المبيع من دار أو أرض من هدم أو غرق أو غيره بعد العقد هو من المبتاع وهذا متفق عليه، والإنزال يوجب الفسخ ويؤول إليه عند الاختلاف في أشخاص المبيع ويوجب كون ضمان المبيع قبله بعد العقد من بائعه.

قد قال بعض من يقول بالإنزال: إذا مضى لعقد البيع عام؛ لم يلزم البائع إنزال، وأنه إن أقر المبتاع بالإنزال في طروء استحقاق بعض المبيع إن لم يكن البائع أنزله في المبيع بمحضر بينة احتاج عند الرجوع بمناب المستحق على البائع إن كان يسيرًا، وينقض الصفقة إن كان كثيرًا إلى الثلث كون المستحق من المبيع إن أنكر البائع كونه منه، وإن كان أنزله في المبيع بمحضر بينة سقطت عنه مؤنة الإثبات، فإن احتاج إلى حيازة ذلك حازه الشهود الذين حضروا إنزاله أو غيرهم وإذا حدد المبيع، ووصف قرب من معنى الإنزال، وتتأكد الحاجة للإنزال إذا كان المبيع جزافًا

غير محدود ولا موصوف.

ابن سهل: هذا الذي علل به حكم الإنزال حسن.

قُلتُ: قول ابن الهندي: ما أصاب المبيع بعد العقد من المبتاع اتفاقًا خلاف ما تقدم من نقل القول بوقف ضمانه على القبض ورده قول الموثقين بما ذكر، يرد بأن الإنزال كالإقباض في السلع المعينة فكما لا يوجب ذلك ضمان البائع على المشهور كذلك وجوب الإنزال، ولما ذكر ابن رُشْد قول أشهب بوقف الضمان على القبض قال: وللخروج من هذا الخلاف يقول الموثقون في وثائقهم: ونزل المبتاع فيما ابتاع وإبراء البائع من درك الإنزال؛ لأنه به يسقط الضمان عن البائع اتفاقا ففي الإنزال حق للمبتاع في طروء الاستحقاق وللبائع في سقوط الضمان بعد طلبه منهما قضي له به على الآخر.

وضمان ما فيه حق توفية قبلها من بائعه ويتم بعد ما عد على مبتاعه، واستقرار ما كيل أو وزن في وعاء مبتاعه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من باع زيتا فأمر أجيره بكيله فكال مطرًا صبه في وعاء المشتري ثم كال آخر فوقع على وعاء المشتري فانكسرا معًا فالثاني من بائعه، ويضمن الأجير الأول؛ لأنه من سببه.

ابن رُشْد: كون الثاني من بائعه؛ لأن يد أجيره كيده، ولا يضمن الأجير ما سقط من يده، وضمان سقوط المكيل من يد البائع بعد امتلائه حين كيله منه اتفاقًا، ولو كان المبتاع هو الذي كال أو من ناب عنه بإذن البائع فسقط المكيال من يده أو من يد من ناب عنه بعد أن امتلأ وقبل صبه في وعائه فانكسر، وذهب ما فيه، ففي كونه من البائع أو المبتاع سماع عيسى بن القاسم مع سماعه يحيي وقول سَحنون قائلًا: إن هلك قبل امتلائه فهو من بائعه كان المكيال للبائع أو المبتاع إلا أن يكون هو الذي يتصرف به المبتاع لمنزله ليس له إناء غيره فيضمن ما فيه إذا امتلأ كان له أو للبائع استعاره منه، رواه ابن أبي جعفر عن ابن وَهْب وهو صحيح وهذا الخلاف على الخلاف في السلعة الحاضرة هل يضمنها مبتاعها بالعقد أو حتى يقبضها أو يمضي من المدة ما كان يمكنه فيها قبضها لو أراده، والقولان في السلعة الحاضرة قائمان من قولها في البيوع الفاسدة وبيوع الآجال؛ وإنما لم يدخل الخلاف إن كان البائع هو الذي كال؛ لأنه لا يتعين ما في

المكيال للمشتري بامتلائه ومن حق البائع أخذه لنفسه بعد امتلائه ويعطي المبتاع غيره، ولو كان المكيال الذي انكسر بيد البائع آخر كيل بقي للمشتري، وقد فني زيت البائع الذي باع منه الكيل المسمى لدخل الخلاف المذكور في ذلك ليعينه للمشتري، وكذا لو كان البائع أخذ في صب المكيال في وعاء المشتري بعد امتلائه فسقط من يده قبل استيفاء تفريغه لتعينه للمشتري شروع البائع في تفريغه، ولو دفع البائع المكيال للمشتري بعد امتلائه ليفرغه في إنائه فقسط من يده قبل تفريغه كان منه اتفاقًا.

قُلتُ: قوله في هلاكه بيد البائع إنه منه اتفاقًا خلاف حاصل قول المازري واللخمي في كونه من بائعه أو من مبتاعه. ثالثها: إن ولي مبتاعه كيله فمنه، قيل لابن رُشْد: لو صب ما في المكيال في القمع فسقط القمع وتلف ما فيه وقد جرى بعضه في إناء المشتري أو لم يجر هل يدخل فيه القولان؟ فقال: يدخلانه، قيل له: هو من منافع المشتري يفضل به البائع، لو أتى المبتاع بإناء واسع لم يحتج إليه فقال البائع: التزم صبه فيه، فلزمه كل ما حدث بعده، قيل: فإن قال البائع: لا أصبه في هذا الإناء الذي يفتقر فيه إلى قمع إنما أصبه في إناء لا يفتقر إليه قال: القول قوله.

وقال غير ابن رُشْد: لا أقول بأن له أن لا يصبه إلا في إناء لا يفتقر إلى قمع، وأرى أن القمع يلزمه إن كان من عادة الناس، كما يلزمه إحضار ما يكيل به، قال السائل: فحاججت الغير في ذلك فأبى أن يرجع، والقول الأول أحب إليَّ؛ لأن المكيال إنما لزمه؛ لأن الكيل على البائع لقوله تعالى: ﴿فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ﴾ [يوسف: 88]، والقمع تفضل من البائع فلا يلزمه إلا أن يلتزمه.

قُلتُ: إنما لزمه الغير إذا ثبت كونه عادة، ومسائل المذهب ناصة بأن العادة كالشرط، وسمع ابن القاسم في جامع البيوع: الصواب، والذي يقع في قلبي: أن أجر الكيالين على البائع؛ لأن المبتاع إن لم يجد من يكيل له كان على البائع أن يكيل له، وقد قال إخوة يوسف: ﴿فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ﴾ [يوسف: 88] فكان يوسف هو الذي يكيل.

ابن رُشْد: هذا المعلوم من قوله الذي عليه أصحابه، وكان يقول قديمًا: أجره على المشتري، وعليه لا يلزم البائع أن يكيل وعلى المشتري الكيل بنفسه واستدلاله بقوله تعالى: ﴿فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ﴾ [يوسف: 88] صحيح على القول أن شرائع من قبلنا

لازمة لنا.

وسمع عيسى ابن القاسم: لمن ابتاع طعامًا وسمي له كيله أو حضره على بائعه كيله ثانية حتى يشتريه على أنه يأخذه بكيله أو على أن يصدقه في كيله وإن اشتراه على الكيل فله أخذه بتصديقه في كيله فإن أراد أن يرجع إلى كيله لم يكن له ذلك.

ابن رُشْد: لا خلاف أن لمن اشترى طعامًا على الكيل أن له بيعه على التصديق نقدًا، وإن اشتراه على التصديق فروى ابن كنانة منع بيعه على الكيل أو التصديق حتى يكيله أو يغيب عليه؛ لأنه إن كاله قبل الغيبة عليه فبان به نقص، رجع بمنابه من الثمن فلا يتم البيع إلا بكيله، ولو قيل: لا يجوز بيعه قبل كيله، ولو غاب عليه؛ لأنه قد يدعي نقصه، وينكل البائع عن اليمين فيحلف ويأخذ منابه من الثمن، فكأن البيع لم يتم أيضًا لكان قولًا.

وقال ابن القاسم وابن الماجِشُون وأَصْبَغ: يجوز مطلقًا، وسمع ابن القاسم جواز الانتقال فيما بيع على الوزن إلى كيله إن علم نسبة الكيل من الوزن ومن مكيال إلى أكبر منه إن علم قدره منه.

ابن رُشْد: وكذا ما العرف فيه الكيل جائز بيعه بالوزن إذا عرف نسبته منه، قاله أشهب في البيوع الفاسدة منها ولا خلاف فيه.

قُلتُ: ولأجل تحيل الكيالين في كيفية الكيل كان الشَّيخ الفقيه القاضي أبو علي بن قداح يبيع القمح بالوزن بعد كيله من القمح المبيع قفيزًا بالتحقيق حسبما تقدم.

وفيها: جزاف ما فيه حق توفية كغيره سمع عيسى ابن القاسم: من ابتاع زقاق زيت فذهب قبل تفريغها في آنيته فهو منه؛ لأنه قد استوفاه.

ابن رُشْد: لأنه بالعقد ضمنه كالصبرة، وسمع عيسى رواية ابن القاسم من ابتاع حمل ماء فهلك قبل إيصاله السقاء محله ضمانه من السقاء؛ لأنه من الأمور المشتراة على أن يبلغ.

ابن رُشْد: ليس هذا على الأصول؛ لأنه جزاف. ولو اشترى رجل زيتًا في زق فتلف في الطريق لكان ضمانه منه.

وفي المبسوط لأَصْبَغ في الماء: ضمانه من مبتاعه وهو القياس وهو معنى قوله: إنه

ضامن لما يجب للماء من الثمن الذي اشتراه به؛ لأنه اشتراه على أن يحمله لداره، فإذا عثر به فذهب لم يكن عليه في الماء ضمان، ولم يكن له فيما حمله كراء على مذهب ابن القاسم وروايته في تلف المستأجر على حمله من قبل ما عليه استحمل، ويحتمل أن يكون معنى قول ابن القاسم في روايته أن الضمان من السقاء إذا لم يكن للماء قيمة في الموضع الذي اشترى منه الحمل فيكون جملة الثمن فيه، إنما هو على توصيله.

وسمع أَصْبَغ بن القاسم: من اشترى صبرة طعام وذهب ليأتي بالثمن فاحترقت فهي من المبتاع.

ابن رُشْد: اتفاقًا، إن كانت في غير ملك البائع كالرحاب وبعد إمكان قبضها وقبله على الخلاف فيما يسقط من المكيال بعد امتلائه، قبل حصوله في إناء مشتريه، وإن كانت الصبرة في دار البائع أو حانوته جرت على الخلاف في السلعة تهلك بيد البائع.

وسمعه من باع عشرة فدادين من قمح من زرعه فتأخر ليقيسه فاحترق الزرع فمصيبته منهما.

ابن رُشْد: يريد أن المشتري يضمن العشرة فيغرم ثمنها ومصيبة الزائد عليها من البائع ولو لم يكن في القمح إلا عشرة فدادين فأقل كانت مصيبتها من المبتاع، وإن تلفت قبل التذريع؛ لأنه متمكن في الأرض بعد إتلاف الزرع على قياس قوله في سماع عيسى في مشتري السمن موازنة في جراره فيزنه في جراره له بيعه قبل وزن الجرار إذ لو تلفت كانت مصيبته منه إذ لم يبق إلا وزن الجرار، وذلك ممكن بعد تلاف السمن كما يمكن تذريع الأرض بعد ذهاب الزرع، وقبل المصيبة من البائع إن تلفت قبل التذريع وهو سماع أشهب ومشهور المذهب، وبيع الفدادين من القمح قبل التذريع جائز على سماع أبي زيد وسماع عيسى لا على سماع أشهب.

قُلتُ: زاد الشَّيخ عن الأخوين وأَصْبَغ وكذلك من اشترى دارًا على عدد حتى يذرع، أو حائطًا على عدد نخل فهلك ذلك بسيل أو حريق النخل فالمصيبة من مبتاعه، ويذرع الأرض ويعد النخل على ما هي به ويلزم المبتاع الثمن.

قُلتُ: الأظهر إن عرض لهما ما يمنع الذرع والعد أن المصيبة من البائع، وسمع ابن القاسم: من ابتاع صوف ضأن فهلكت منها أكبش قبل جزها هي من بائعها يسقط

عن المبتاع بقدرها.

ابن القاسم: هذا إن سرقت أو أكلها سبع ولو ماتت لزمه صوفها، إلا أن يكون صوف الميتة عند الناس لا يشبه الحي فيسقط عنه.

ابن رُشْد: هذا يدل على الجزاز على البائع فضمنه لما عليه من حق التوفية خلاف ما يدل عليه ما في رسم الثمرة من سماع عيسى وخلاف المشهور من أن الجزاز على المشتري كجد التمر، وقطع الزيتون وقلع حلية السيف ذلك على المشتري، وإن لم يشترط عليه إلا أن يشترط على البائع، ويحتمل أن يكون هذا السماع على أن العرف عندهم أن الجزاز على البائع؛ لأن الخلاف إنما هو مع عدم الشرط والعرف.

وقال ابن دحون: معنى المسألة أنه شرط الجزاز على البائع، قال: وكذا وقع في سماع ابن أبي أويس أن المشتري اشترطه على البائع، وفي هذا عندي نظر؛ لأنه لو كان الجزاز على المشتري والضمان منه قولًا واحدًا ما صح نقله على البائع بالشرط ولكان البيع بهذا الشرط فاسدًا؛ لأن شرط الضمان حينئذ يكون له جزء من الثمن وإنما يجوز شرط الضمان في البيع على البائع إذا كان مختلفًا فيه، فإذا قدرنا أن في المسألة قولين في كون الجزاز والضمان من البائع أو من المبتاع جاز شرطها على البائع على أنها على المبتاع، وجاز شرطها على المبتاع على أنهما من البائع كشراء السلعة الغائبة على الصفقة، وإذا قدرنا أنه لا خلاف أنهما على المبتاع كان اشتراطه كونهما على البائع فاسدًا، وإن شرط عليه الجز وسكت عن الضمان كان البيع صحيحًا؛ لأنه إنما اشترى منه الصوف جزافًا واستأجره على جزأره كمن اشترى ثوبًا على أن على البائع أن يخيطه أو قمحًا على أن عليه طحنه فلا يضمنه البائع إلا أن يكون صانعًا قد نصب نفسه ولو باع منه الكباش دون صوفها أو السيف دون حليته أو الحائط، دون ثمرته، لكان الجز والنقض والجذع على البائع اتفاقًا، كمن باع من رجل عمودًا له عليه بناء، فإزالة البناء عنه عليه ليصل المبتاع لأخذه.

وفي الرد بالعيب منها لو لم يقبض المبتاع الأمة في البيع الصحيح حتى ماتت عند البائع أو حدث بها عنده عيب، وقد قبض الثمن أم لا فضمانها من المبتاع وإن كان المبتاع احتبسها بالثمن كالرهن إن كانت لا تتواضع وبيعت على القبض.

وقال ابن المسيب: من باع عبده وحبسه حتى يقبض ثمنه فمات بيده مصيبته منه، وقال سليمان بن يسار: هو من مبتاعه، وقال مالك بقوليهما.

وفي سلمها الأول: وإن أسلمت إلى رجل عرضًا يغاب عليه في حنطة إلى أجل فأحرقه رجل في يدك قبل أن يقبضه المسلم إليه، فإن تركه وديعة بيدك بعد أن دفعته إليه فهو منه، ويتبع الجاني بقيمته والسلم ثابت، وكذا إن كنت لم تدفعه إليه حتى أحرقه رجل بيده وقامت بذلك بينة، وإن لم تقم بينة كان منك وانتقض السلم وإن كان رأس المال حيوانًا فقتلها رجل بيدك أو كانت دورًا أو أرضين فهدم البناء رجل واحتفر الأرضين فللمسلم إليه طلب الجاني، والسلم ثابت.

اللخمي: في ضمان البائع المحبوسة بالثمن روايتان، وسمع سَحنون ابن القاسم في جامع البيوع في البائع يحبس الثوب في ثمنه ثم يدعي تلفه دون بينة أحب إليَّ أن البيع مفسوخ إلا أن يكون قيمة الثوب أكثر من الثمن فيغرمه؛ لأنه يتهم أنه غيبة وإن كانت قيمته أقل فسخ البيع وليس حبسه برهن ولو كان حيوانًا صدق في تلفه، ولو قيل في الثوب: عليه قيمته كان أقل، أو أكثر لم أعبه.

سَحنون: ليست هذه الرواية بشيء وردها إلى أن ضاعت؛ فالبيع مفسوخ ولا قيمة على البائع.

ابن رُشْد: مشهور قول ابن القاسم أن المحبوسة بالثمن رهن مصيبتها من المشتري إن قامت بينة بتلفها، وإن لم تقم به بينة غرم البائع قيمتها، وجوابه هنا على أن ضمانها من البائع إن قامت بينة بتلفها انفسخ البيع وهو قول سليمان وأحد قولي مالك في المدَوَّنة.

وقال سَحنون: في نوازله من كتاب الاستبراء: إنه قول جميع أصحاب مالك غير ابن القاسم جعلها كالرهن، وقوله: (يفسخ) يريد بعد يمينه لقد تلف إلا أن يصدقه المبتاع إلا أن تكون قيمتها أكثر من الثمن فيغرمها؛ لأنه يتهم أنه ندم فادعى تلفها فلا بد من إتيانه بالثوب أو قيمته، وقوله: (لو كان حيوانًا) صدق في قوله؛ يريد مع يمينه، ويفسخ البيع على ما بنى عليه جوابه من أن ضمان المحبوسة من البائع وقوله: (ولو قيل... إلخ) هو الآتي على مشهور قوله: أنها رهن، وعاب سَحنون هذا القول؛ لأنه

ذهب إلى أن ضمانها من البائع حسبما مر فيتحصل في كون ضمان المحبوسة، وعلى تلفها بينة من البائع فيفسخ البيع أو من المبتاع، ويغرم ثمنها قولان، وإن تقم به بينة فأربعة.

سَحنون: يصدق البائع بيمينه ولو كان ثمنها أكثر ويفسخ البيع.

ابن القاسم: هذا إلا أن تكون قيمتها أكثر فلا يصدق إلا أن يصدقه المبتاع فيفسخ البيع أو يغرمه القيمة ويثبت البيع وهما على القول بأن المصيبة من البائع ويفسخ البيع إن قامت البينة بالتلف والآتي على مشهور قول ابن القاسم أن حكمها حكم الرهن تصديق البائع مع يمينه في التلف ويغرم القيمة إلا أن تكون أقل من الثمن فلا يصدق لتهمته في أن يدفع القيمة ويأخذ الثمن وهو أكثر إلا أن يصدقه المبتاع، فعلى هذا يخير المشتري بين أن يصدقه فيأخذ القيمة منه ويدفع إليه الثمن وإن كان أكثر وبين أن لا يصدقه وينقض البيع، وعلى هذا يأتي قول ابن القاسم في بعض رواياتها فيمن أسلم ثوبًا في طعام وادعى تلفه ولم يعلم ذلك إلا بقوله أن المسلم إليه بالخيار بين أن يضمنه قيمة الثوب ويثبت السلم عليه وبين أن يدفع قيمته ويبطل السلم.

وقوله فيها: إن السلم ينتقض إذا لم يعلم تلف الثوب إلا بقوله: معناه عندي: إن شاء المسلم إليه فليس ذلك باختلاف من قوله، وحمله التونسي على أنه اختلاف وهو بعيد، والقولان: الثالث والرابع على قياس القول بأن مصيبة المحبوسة بالثمن من المبتاع في قيام البينة كالرهن.

اللخمي: على أن المصيبة من البائع إن أهلك المبيع خطأ فلا شيء عليه إن كانت قيمته أكثر وعليه في العمد فضلها على الثمن فإن خالف جنسه القيمة خير المبتاع في الفسخ، ودفع الثمن ليرجع بالقيمة، وعلى أن المصيبة من المبتاع الخطأ كالعمد على المشتري الثمن وله القيمة،ومن له فضل أخذه وإن أتلفه المشتري خطأ انفسخ البيع وغرم الأكثر من الثمن أو القيمة لمؤاخذته بإتلافه الدين أو عين المبيع، وعلى الثاني يغرم الثمن قل أو كثر؛ لأن إتلافه كقبضه، وعمدًا يغرم الثمن قل أو كثر على الأول أو الثاني؛ لأنه رضي منه بقبضه على تلف الحال وإن أهلكه أجنبي عمدًا أو خطأ فعليه، على الأول للبائع الأكثر من القيمة أو الثمن لإبطاله ما في ذمة المشتري وعلى الآخر يغرم القيمة للمشتري.

المازري: بعض أشياخي رأى أن ما يحدث بالمحبوسة من نقص يجري على الخلاف في ضمانها وكذا غلتها لمن منه ضمانها، وكذا حالة زيادتها في مدة احتباسها، وقد قال بعض الأشياخ: لو ذهب بياض كان بعينها مدة احتباسها لجرى على حكم ضمانها، وأشار إلى أن للبائع نقض البيع لأجل هذه الزيادة، كما أن للمشتري نقض البيع إن حدث عيب بالمبيع، وقد يقال: هلا كان بهذه الزيادة شريكًا في المبيع بثبوت ملك المشتري بالعقد، ولم يحدث ما يوجب حله.

قُلتُ: ظاهر المذهب أن لا شيء للبائع فيما يحدث من زيادة مدة الاحتباس، لأن ذلك كظهور وصف في المبيع لو علم به كان ثمنه أكثر والاحتباس بمنع البائع المبتاع القبض ونفيه بدفعه البائع أو تسليمه واضحًا، وفيما سوى ذلك نظر، مفهوم لفظ سلمها الأول إنه احتباس، وظاهر لفظ استبرائها ولو أمكنه البائع من الرائعة فتركها حتى حاضت فإن حيتضها استبراء للمشتري؛ لأن ضمانها كان منه؛ لأنه استودعها إنه غير احتباس.

وقال المازري في أثناء كلامه في المحتبسة: وقد حكينا أن بعض المتأخرين ذكر الخلاف عن مالك وإن لم يمنع البائع من التسليم فإن أراد أن الخلاف يتصور ولو مكن من التسليم فوجهه ما قدمته.

قُلتُ: يريد وقف ضمان المبتاع على القبض الحسي قال: وإن أراد إنه لم يمنع من التسليم ولا مكن أيضًا وافترقا على غير تصريح بأحد الوجهين صح ما أراد على أنها كالمحبوسة لما كان له حبسها، وقد ذكرنا ما في مختصر ابن شعبان من الاستدلال على أحد الوجهين بكون المشتري معروفًا غنيًا أو غريبًا فقيرًا، فإن كان الأول كان الضمان من المبتاع وإن كان الثاني فهو من البائع.

قُلتُ: الذي تقدم للخمي عن مختصر ابن شعبان عكس هذه التفرقة ويأتي له توجيه هذا العكس.

ولابن بشير في السلم الأول من ترجمة إتلاف رأس المال إن بقي المبيع على السكت دون بيان هل هو محتبس بالثمن أو مسلم للمشتري؟ ففي كونه على الاحتباس حتى يتبين رفع يده عنه لأن الأصل ملك البائع ولم يرض بالتسليم إلا بشرط تسليم

الثمن أو حكم الوديعة قولان للمتأخرين.

وإذا اختلف العاقدان في التبدئة بالدفع، فقال المازري في كتاب السلم: لا أعرف فيها نصًا جليًا لمالك ولا لأحد من أصحابه.

وقال ابن القُصَّار: الذي يقوى في نفسي جبر المشتري على البدء بالتسليم أو يقال لهما أنتما أعلم إما أن يتطوع أحد كما بالبدء أو كونا على ما أنتما عليه وأن يجبر المبتاع أولى وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: مرة يجبر البائع، ومرة لا يجبر واحد منهما، وقال قوم: يحضر الثمن والمثمون عند الحاكم أو العدل؛ ليسلم لكل واحد منهما ماله عزى للشافعي، وإنما قلت: إن المبتاع يجبر؛ لظاهر قول مالك للبائع أن يتمسك بها باع حتى يقبض الثمن.

قُلتُ: تمت نقل قوله من كتاب اختصار عيون الأدلة، وإنما ذكر المازري بعضه وزاد في كتاب العيون قال إسماعيل القاضي: يدفع الثمن والمثمون لرجل يدفع لكل منهما حقه، قال: وهذا أيضًا قد يتشاحان في البدء بالدفع لهذا الرجل إلا أن يقال يتناول ذلك، منهما معًا وأخذ بعض أشياخي، من قولها في الأكرية يبدأ صاحب الدابة بالدفع فكلما مضى يوم أخذ **مقدراه** من المكتري تبدئة البائع ومن قولها في النكاح للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها تبدئة المشتري، وعزا هذا التخريج في كتاب السلم لشيخه عبد الحميد، قال: ونازع فيه شيخي اللخمي وفرق بأنه لا يمكن تسليم العوض للمكتري بنفس دفعه الثمن لأنه إنما يقتضي شيئًا بعد شيء بخلاف السلعة المعينة، ورده المازري بأنه لو كان تبدئة المكتري لأن المكتري لو جبر على الدفع لما أمكن قبضه العوض حينئذ لعكس هذا وقيل: لا يلزم المكري أن يسلم منافع دابته أول النهار لأجل تأخر قبضه عوضها وإذا بطل تعليل تبدئة المكري بما ذكر تعين كونه لأجل أنه بائع، فتعين كونه كذلك في كل بائع ويؤكده على أن بائع السلعة لأجل تسليمها وإن كان لا يقبض عوضها حينئذ لأجل ما رضي به من التأجيل فكذلك المكتري لعلمه أن ما ابتاعه من المنافع لا يمكن قبضها دفعة.

قُلتُ: ما ذكره المازري يرد بالقول بموجبه لعدم تناوله الفرق المذكور، وبيانه أن حاصل الفرق صدق قولنا لو بدئ المكتري بالدفع تمام ما بيده لزم ضرره الناشئ عن

تسليمه ما بيده مع تعذر قبضه عوضه بخلاف مبتاع السلعة المعينة ضرورة تيسر قبضه السلعة، وهذا لا ينعكس في تبدئة المكتري ضرورة صدق نقيضه، وهو قولنا: لو بدئ المكري بدفع تمام ما بيده لما لزمه الضرر الناشئ عن تسليمه ما بيده مع تعذر قبضه عوضه ضرورة تيسره، وقوله: ويؤكده إلخ يرد بأن بائع السلعة إلى أجل دخل على تسليم ما بيده مع تأخر عوضه، وكذا المكتري إن دخل على ذلك ولو بالعرف ولو بتعرض لرد تخريج القول الآخر على تبدئة الزوج بدفع المهر، وكذا ابن عبد السلام وكثيرًا ما كان يجري لنا رده بأن تسليم عوض المرأة ملزوم لتفويته فوجب تأخيرها بالدفع خشية **طرو** تعذر تسليم عوض بخلاف تبدئة بائع السلعة بدفعها.

وقال اللخمي إثر نقله قول ابن القُصَّار: إن كان المبيع ثوبًا بثوب فتشاحا: فعلى كل منهما مد يده بثوبه، فإذا تجاذبا قبض كل منهما ما اشتراه، وكذا في بيع ثوب معين بعد وزنه وتقليبه، وإن كان المبيع أرضًا أو ما لا بيان به جبر المبتاع على دفع الثمن إذ ليس على البائع أكثر من رفع يده والتسليم بالقول مع كون المبيع فارغًا من أشغاله، وعلى القول: إن العقد بيع في الحقيقة فإن كان بيع الثوب بعين بدأ بائع الثوب بتسليمه وإليه رجع مالك في مختصر ما ليس في المختصر إن كان المشتري موسرًا من أهل البلد يريد أن البائع يصير في معنى المتعدي بإمساكه؛ لأن المبيع صار للمشتري بنفس العقد، وللبائع مطالبته في ذمته بالثمن فعليه أن يسلم للمشتري ملكه والإمساك حتى يقبض الثمن ضرب من الارتهان، ولا يكون إلا بشرط، وإن كان فقيرا أو غريبا كان الإمساك من سبب المكتري فكانت المصيبة منه.

قُلتُ: وهذا عكس ما تقدم للمازري عن مختصر ما ليس في المختصر وذكر المازري قول اللخمي وقال: يبعد تحصيل هذا في الوجود لأنهما إذا تلاقت أيديهما فقد لا تمكن المساواة في التقابض في أضيق زمن، وقد يقول أحدهما: أزل يدك عن ثوبك قبل أن أزيل يدي عن كسائي ويعكس الآخر وتصور تقابضهما معًا بعيد، ولكن إذا بعد، فالقرعة أولى، ولما ذكر ابن محرز قول عبد الملك ومالك في وقف ثمن المتواضعة بطلب بائعها وعدمه قال وهذا الخلاف مبني على الخلاف فيمن باع سلعة يقدر على تسليمها، من قال البائع: يبدأ بالدفع يرى ما قاله مالك، ومن قال: التسليم في العوضين معًا

أوقف الثمن هاهنا.

قُلتُ: ففي تبدئة بائع سلعة أو ما لا يثقل بعين يدفعها أو تسليمها فارغًا من أشغاله، وتبدئة مبتاعها يدفع الثمن.

ثالثها: يتقارعان فيهما، ورابعها: يقترعان على المبدى منهما، وخامسها: يسلمانهما لعدل يحصلهما لهما معًا لتخريج عبد الحميد على المكري مع نقل ابن محرز، وأخذ اللخمي من رواية ابن شعبان وتخريج عبد الحميد على تبدئة الزوج بدفع المهر واختيار اللخمي والمازري وقول إسماعيل، وبغير عين ما سوى الأولين.

قال ابن عبد السلام: فيها ما يدل على تبدئة المشتري ظاهرًا قريبًا من النص، قولها في الرد بالعيب، من اشترى عبدًا فللبائع منعه من قبضه حتى يدفع إليه الثمن، وفي كتاب الهبة: فأما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع.

قُلتُ: ما ذكره تقدم لابن القُصَّار عن مالك غير معزولها، وكان يجري في البحث منع دلالة لفظها على تبدئة المبتاع؛ إنما يدل على عدم تبدئة البائع، والمقابضة والإقراع والتسليم لعدل، وذلك أعم من تبدئة المبتاع أو القول لهما: إما أن يتطوع أحدكما أو كونا على ما أنتما عليه، وهو ما تقدم لابن القُصَّار، ولو حل أجل مبيع لأجل ولو بموت مشتريه أو فلسه ففي صيرورته كبيع نقد الحبس بثمنه، وكونه مختلفًا فيه أخذ بعض شُيُوخ عبد الحق من قولها: من نكح بنقد وبمؤجل وادعى دفع المؤجل صدق بيمينه إن بنى بعد حلوله، وتخريج بعضهم على القولين في منع المرأة نفسها من البناء حتى تقبض إذا تأخر بناؤها حتى حل المؤجل وفيها مع غيرها.

[كتاب البيوع الفاسدة]

ترجمة البيوع الفاسدة: ولعياض والمازري: (وغيرهما ما حاصله فاسدها نوعان: ما لا يصح رفع المكلف إثر فساده، وعلله: أصناف الغرر وربا الفضل، والنساء، وعدم استيفاء المبيع طعامًا وحرمته عمومًا كذي حرية أو عقدها أو خصوصًا كالمصحف، والمسلم من كافر على قول، وتعلق القربة به أو قصدها كلحم الهدي والأضحية.

وعدم الانتفاع به شرعًا كالنجس، والصور، والخنزير، والقرد، وآلة الباطل والسم، وآلة الحرب من محارب أو حربي.

عياض: أو نقادة كالديدان، وسابعها استحقاق زمنه غيره[1].

ابن رُشْد: كالبيع زمن أقل إدراك أداء الصلاة.

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﷺ في نقله عن المازري وعياض وغيرهما: (الفاسد من البيوع نوعان: ما لا يصح رفع المكلف أثر فساده، وما يصح للمكلف رفع أثر فساده وهو ذو حق لآدمي فقط كبيع الأجنبي غير وكيل)، وسلم الشَّيخ ﷺ هذين الرسمين لنوعي الفساد وفيه ما لا يخفى من دور الاشتقاق والإحالة على ما لم يعلم السامع وأشاروا بالأول إلى ما فيه حق لله تعالى وبالثاني لما فيه حق لآدمي كبيع التفرقة وغيرها واعترض الشَّيخ ﷺ ذلك في كونهم قسموا الفاسد إلى القسمين والقسم الثاني من المكروه قال وقد صرح ابن رُشْد باندراج المكروه تحت الفاسد قال: والأظهر إن عنوا بالفاسد ما نهي عنه فقط فمندرج وإن عنوا به ذلك مع سلب خاصية الصحيح وهي الإمضاء فغير مندرج (قُلتُ): ولما ذكر الشَّيخ ترجمة المدَوَّنة من البيوع الفاسدة قال بعض المشايخ: الجاري على ما جرى عليه الشَّيخ في بيوع الآجال أن يحد ذلك بحدين لقبا وإضافيا وتأمل قوله إضافيا مع أن الفاسدة صفة للبيوع ولعله راعى المعنى وفيه نظر وأورد بعضهم على اختصاص هذه الترجمة بالبيوع الفاسدة أن الصحة والفساد من عوارض الحقائق الشرعية كالصلاة والحج والصيام وغيرها ولم يقولوا الصلاة الفاسدة أو الصيام أو الأنكحة الفاسدة كما قالوا البيوع الفاسدة وترجموا على ذلك؛ بل خصوا ذلك بالبيع وحده ونقل عن الشَّيخ في ذلك جوابان فيهما بحث الجواب الأول أن القواعد التي ذكروها في هذا الباب يوجد معناها في غير هذا الباب من صرف وسلم وإجارة وغير ذلك وأورد عليه أن العبادة لا يوجد فيها ذلك؛ لأن لها ما يخصها وأنت ترى ما فيه والثاني أضعف من هذا والله أعلم، ووقع للشيخ في غير هذا إن قال الفاسد: ما قارنه عدم شرط أو وجود مانع وقال هنا: الفاسد ما لا يصح إلخ فتأمل ما بين الحدين من الاتفاق أو الاختلاف والله سبحانه أعلم وبه التوفيق والإشارة كافية في ذلك والله الموفق.

عياض: كوقت الأذان والصلاة يوم الجمعة، ومقارنة شرط يوجب مفسدة تقدم تفصيله.

قُلتُ: عدم الانتفاع المؤثر ما كان حالًا ومآلا، أما الحالي فقط فلا، وقول المازري في كتاب الغرر: (وما لا ينتفع به في الحال كطفل رضيع يباع، فإن ذلك مما ينتفع به في المآل دون الحال البيع فيه لا يجوز)، ولهذا قال أشهب في شراء ممر في دار: إنما جوز البيع إذا كان مشتريه يتوصل به إلى ما ينتفع به كأرض له يصل منه إليها ولابد من حمل ما في المدَوَّنة على هذا، لأنه إذا كان يشتري خطوات يخطوها في دار إنسان لا يتوصل بها إلى ما ينتفع به في الحال أو يعلم أنه سيكون في المآل، فإن هذا من إضاعة المال غلط لنقل ابن محرز في كتاب الظهار ما نصه: (ضعف الصغر ليس بزمانة والصغير إن لم يطق السعي في الحال يطيقه في ثاني حال، ولذا جاز بيعه).

وفي نوازل أَصْبَغ في الظهار: (من أعتق منفوسًا فكبر أخرس أو مطبقًا بجنون أجزأه لأن هذا شيء يحدث، وكذا لو ابتاعه فكبر على هذا لم يلحق بائعه شيء)، ولم يحك ابن رُشْد فيه خلافًا، وقولا ابن القاسم وأَصْبَغ: في جواز بيع شعر الخنزير أخذ منه حيًا أو ميتًا ومنعه خرجه ابن رُشْد على طهارته بعدم حلول الحياة ونجاسته وصوب الأول وما يصح رفع المكلف إثر فساده هو ذو حق آدمي فقط، كبيع السفيه والأجنبي غير وكيل والتفرقة ونحو ذلك.

وفي اندراج المكروه في الفاسد نظر صرح ابن رُشْد باندراجه والأظهر إن عنى بالفاسد ما نهي عنه فقط فمندرج وإن عني به ذلك مع سلب خاصية الصحيح وهي إمضاؤه ولزومه فهو غير مندرج.

وفيها: ضمان ما فسد بيعه من آبق أو جنين أو ثمرة لم يبد صلاحها من البائع حتى يقبضه المسبتاع، وفي الرد بالعيب منها كل بيع فاسد، فضمان ما يحدث بالسلعة في سوق أو بدن من البائع حتى يقبضها المبتاع.

أبو عمران وابن محرز: قال أشهب: يضمنه مشتريه، وإن لم يقبضه إذا مكنه من قبضه أو انتقد ثمنه.

زاد أبو عمران: ورواية أشهب: من تزوج على عبد فمات قبل القبض أنه من

الزوج وهو لم يكن يقدر على منعها منه يرد قوله في البيع.

وسمع أبو زيد ابن القاسم في جامع البيوع (من ابتاع زرعًا قبل بدو صلاحه ثم حصده وحمله إلى منزله فأصابته نار فاحترق، وعلم أنه ذلك القمح بعينه فمصيبته من بائعه).

ابن رُشْد: هذا الخلاف المعلوم في المذهب أن المبيع بيعًا فاسدًا يضمنه مبتاعه بقبضه، ونحوه سمع يحيى في كتاب الجعل، ووجهه لما كان بيعاً فاسداً لم ينعقد، ولا انتقل به ملك، وبقي في ملك البائع؛ فوجب كون ضمانه منه إذا قامت على تلفه بينة، وقاله جماعة خارج المذهب، زاد في أجوبته في هذا القول: ولا يفيت المبيع بيع ولا غيره وهو شاذ في المذهب.

قُلتُ: وظاهره أنه إنما يكون من البائع إن قامت بهلاكه بينة.

اللخمي: وقال سَحنون: إن كان البيع حرامًا فمصيبته من بائعه وهو في يد مشتريه كالرهن، وعبر المازري عنه بكونه متفقًا على تحريمه.

قُلتُ: وسمع سَحنون ابن القاسم: من اشترى زرعًا بعد يبسه بثمن فاسد فأصابته عاهة فتلف قبل حصده مصيبته من مشتريه، وهو قابض بخلاف مشتريه قبل بدو صلاحه على أن يتركه فيصاب بعد يبسه مصيبته من بائعه.

ابن رُشْد: لأنه إذا ابتاعه بعد يبسه بثمن فاسد دخل بالعقد في ضمانه؛ إذ لا توفية فيه على البائع؛ لأنه جزاف كما لو اشتراه شراء صحيحًا ضمنه بالعقد؛ لأن حصاده عليه ولا جائحة فيه فهو كصبرة جزافًا.

قُلتُ: هذا يقتضي أن المذهب عنده في المبيع بيعًا فاسدًا إذا لم يكن بيد بائعه، ولا توفية فيه، إنه من مبتاعه، وظاهر قولنا والروايات غير هذا السماع إنه من بائعه، وإنما يتصور هذا على قول أشهب القائل: إن التمكين كالقبض، فتأمله وسمع أبو زيد ابن القاسم: من ابتاع كلبًا فهلك بيده ضمانه من بائعه وعليه يرد المبتاع ما انتفع به لحديث: **«الخراج بالضمان»**(1)، ومثله سماع عيسى في مسلم اشترى من مسلم خنزيرًا يرد ثمنه

---

(1) أخرجه الترمذي رقم (1285) في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً،

لمشتريه ويقتل فظاهره قتله من البائع وقيل: يقتل على مشتريه إن قبضه، فعليه يكون ضمان الكلب من مشتريه والأول هو المعروف.

اللخمي: اختلف إن كانت بيد أمين البائع فأقرها المشتري ولم يقبضها هل تبقى على ضمان البائع لأن الحكم منع المشتري من قبضها أو يضمنها المشتري، وكذا لو كانت قبل البيع عند المشتري ثم اشتراها شراء فاسدًا اختلف هل يضمنها المشتري أو تبقى في ضمان البائع لأن الحكم رد ذلك الرضى وهي باقية على حكم الأمانة إلا أن يحدث فيها المشتري حدثًا فيضمن قيمتها يوم أحدثه بخلاف أن يحدث فيها أمر من غير سبب المشتري.

قُلتُ: ففي ضمان المبتاع المبيع فاسدًا ولا توفية فيه بقبض ثمنه كتمكينه البائع من قبضه أو بقبضه، ثالثها: لا يضمنه بحال إن قامت بينة بتلفه بغير سببه، رابعها: هذا إن كان متفقًا على حرمته وخامسها يضمنه بالعقد إن كان جزافًا، ولو كان بأرض بائعه لأشهب والمشهور وسماع أبي زيد وقول سَحنون وسماعه ونقل ابن عبد السلام قول سَحنون.

ثالثها: لقولي ابن القاسم وأشهب: مطلقًا لا بقيد كونه في متفق على فساده غير تام، وضمانه يوجب قيمته بموجبها يومه على أقواله، الكافي: في كون قيمته يوم قبضه أو فوته قولان، والثاني أقيس، وفي الرد بالعيب منها، وكذا في البيع الفاسد ترد المبيع ولا شيء عليك في غلته، ثم قال: لأن الغلة بالضمان والبيع الفاسد لا ينقل حقيقة الملك بعقده لقولها في الهبة: (عتق البائع من باعه بيعًا فاسدًا قبل فوته لازم)، ومقتضى قول المازري عن أشهب لغو عتقه نقله حقيقته، وفي نقله للمبتاع شبهته نقل المازري عن بعض البغداديين مع أخذه من قولها من قال لعبد: إن اشتريتك أو ملكتك؛ فأنت حر فابتاعه بيعًا فاسدًا عتق عليه، وعن أخذ بعض القرويين من قولها في الهبة: إذا فسخ البيع الفاسد؛ إنما يرجع المبيع إلى بائعه على الملك الأول.

وأبو داود رقم (3508 و3509 و3510) في الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، والنسائي: 8/254، 255 في البيوع، باب الخراج بالضمان.

قُلتُ: ظاهر معاندته ما أخذه بعض القرويين لقول بعض البغداديين: إنه لا ينقل شبهة الملك، وأخذ ابن رُشْد أنه لا ينقل شبهة الملك عند هذا القروي، وهذا لا أعرفه إنما قال ابن محرز: لا ينقل الملك للمشتري؛ لكن يوجب له في المبيع شبهة لقولها في الصدقة: وهذا هو معنى شبهة الملك، وأخذ ابن رُشْد أنه لا ينقل شبهة الملك من سماع أبي زيد المتقدم في ضمانه والأول من قولها في الرد بالعيب: من ابتاع جارية بيعًا فاسدًا فأعتقها قبل أن يقبضها أو كاتبها أو دبرها أو تصدق بها فذلك فوت إن كان له مال. وقول اللخمي في كتاب الهبة: إن كان مجمعًا على فساده لم ينقل الملك، إنما ينقل الضمان، على أحد القولين يرد بقولها في الرد بالعيب إن اشترى مسلم جارية من ذمي بخمر فأعتقها أو أحبلها فذلك فوت وعليه قيمتها، وقد يجاب برعي نسبة البيع للذمي، وبه يفهم دلالة مفهوم قوله: (من ذمي) لولا قول ثاني عتقها، وإن باع عبده من أجنبي بخمر أو خنزير أو بما لا يحل فأعتقه المبتاع جاز عتقه، ولم يرد، ولزم المبتاع قيمته يوم قبضه، ففي نقله شبهة الملك، ثالثها: بنقل حقيقته، ورابعها: لا ينقل شبهته في المجمع على حرمته للمشهور، وأخذ ابن رُشْد من سماع أبي زيد مع المازري عن بعض القرويين، ومقتضى قول أشهب: (عتق البائع) لغو.

واللخمي في كتاب الهبة: وفاسد البيع الحرام لثمنه أو مثمونه أو غرره يفسخ ما لم يفت وجوبًا.

اللخمي والمازري: قال محمد بن مسلمة: يرد بعد قبضه استحسانًا.

وفيها مع غيرها: من ابتاع شيئًا بيعًا فاسدًا ففات عنده فعليه قيمته يوم قبضه.

وفيها: وظاهره لربيعة: كل بيع فاسد لم يدرك حتى يتفاوت، ولا يستطاع رده إلا بمظلمة فات رده وما لم يفت فأنقضه.

ابن وَهْب: سمعت مالكًا يقول: الحرام البين من الربا وغيره يرد لأهله أبدًا، ولو فات، وما يكرهه الناس نقض إن أدرك فإن فات ترك.

الصقلي: معنى يرد: فات أو لم يفت إنه إن كان المبيع قائمًا رد، وإن فات ردت قيمته، وما كرهه الناس قال محمد عن ابن القاسم: هو مثل من أسلم في حائط بعد زهوه على أخذه تمرًا وكل بيع مكروه.

المـازري: ما فسد لثمنه فسخ إن كانت السلعة قائمة، فإن فاتت فإن أجمع على فساده أغرمت القيمة، وإن اختلف فيه فالقيمة أيضًا، وعن مالك يمضي بالثمن وهو مقتضي قول ابن مسلمة: فسخه بعد قبضه استحسان.

اللخمي: في مضي ما اختلف في فساده بالعقد أو القبض، ثالثها: بفوته مقبوضًا، وفي مضيه في فوته بالثمن أو القيمة كغيره من الفاسد قولان.

ابن الحاجب: قال ابن القاسم في الحرام البين المثلي في المثلي والقيمة في غيره، وما كرهه الناس يمضي بالثمن، وقيل: بتعميم الأول.

قُلتُ: هو معنى قول ابن شاس: فوت المبيع بيعًا فاسدًا بعد قبضه يوجب المثل أو القيمة.

وفي تعميم هذا الحكم في المختلف في فساده، وتخصيصه بالحرام البين رواية ابن نافع وابن القاسم.

وقال ابن عبد السلام: معنى قوله: وقيل: بتعميم الأول، أن النوع **الأول** من الفاسد وهو الحرام البين يفسخ فات أو لم يفت ولابد من رد عينه، إذا أمكن ردها ولو تغيرت، وكلام ابن القاسم هذا وقع في المدَوَّنة وزاد المؤلف فيه القضاء في المثل بالمثلي والقيمة فيما عداه وهي زيادة صحيحة.

قُلتُ: هذا يقتضي أن قول ابن القاسم هذا وقع في المدَوَّنة، ولا أعرفه فيها إلا من رواية ابن وَهْب حسبما قدمناه، وتفسيره الأول بالنوع الأول إن أراد به تعميم حكمه فيما كرهه الناس لم يستقم لقوله: ولابد من رد عينه إن أمكن؛ إذ لا خلاف في المذهب أنه يفوت بغير فوت عينه من المفوتات إلا على سماع أبي زيد، وقد تقدم شذوذه، وإن أراد تعميمه في حالتي فوته وعدم فوته وهذا هو ظاهر كلامه لم يصح نسبته لابن القاسم إنما عزاه اللخمي والمازري وغيرهما لسَحنون.

قال ابن الحاجب - إثر قوله الأول: فلو كان درهمان وسلعة تساوي عشرة بثوب فاستحقت السلعة وفات الثوب فله قيمته بكماله على الأصح، ويرد الدرهمين لا قيمة نصفه وثلثه.

قُلتُ: هذه من مسائل كتاب الاستحقاق وما أدري موجب ذكره إياها هنا ولم يزل

المذاكرون يعتذرون عن مثل هذا في المَدَوَّنة في كتاب الغصب وغيره، بأن أصلها الاختلاط؛ ولذا سميت (مختلطة) ونفس هذه المسألة لا أعرفها لغيره، وما ذكره من القولين فيها تقدمًا في العيوب فيمن رد أعلى المعيب وفات أدناه؛ لأن المردود كالمستحق وفوت الأدنى كالدرهمين.

قال ابن عبد السلام: بعد تصويره **القولين الذين نقل** ابن الحاجب، وفي المذهب قول منسوب لابن الماجِشُون: إن الحكم في قيام الثوب وفواته واحد؛ وهو أنه لا يرجع في هذا المثال إلا في قيمة خمسة أسداس الثوب، ولو كان قائمًا لم يتغير في سوق ولا غيرها.

قُلتُ: هذا نفس القول بأن من استحق من يده ما ابتاعه إنه لا يرجع في عين عوضه الذي خرج من يده مع كونه قائمًا لم يفت بحوالة سوق ولا أعرف من نقله والأصول تأباه بالبديهة؛ لأنه يؤدي إلى إخراج الشيء عن ملك ربه بغير اختياره؛ بل قال ابن حارث: اتفقوا فيمن استحقت من يده سلعة أنه يرجع في عوضه إن كان عينًا فبعين وإن كان عرضًا رجع فيه إن كان قائمًا وبقيمته إن كان فائتًا.

ثم قال ابن عبد السلام: (وقول المؤلف لا قيمة ثلثه ونصفه)، فلا يريد به خصوصية هذه المسألة لاستحالة أن تكون السلعة ثلثًا ونصفًا من الصفقة في وقت واحد وإنما مراده لا قيمة ثلثه إن كانت السلعة ثلث الصفقة كما لو كانت تساوي درهمًا واحدًا، ولا قيمة نصفه كما لو كانت تساوي درهمين وهذه المسألة ليست من هذا الباب.

قُلتُ: قوله: لاستحالة أن تكون السلعة ثلثًا ونصفًا يريد أن لازم قول ابن الحاجب: (قيمة ثلثه ونصفه) صدق قولنا: تكون السلعة ثلثًا ونصفًا، وهذا عنده مستحيل لامتناع صدق مسمى النصف والثلث على شيء واحد في وقت واحد، ومن الضروري هنا أن تعلم أن الخبر وهو المحمول عند المنطقيين إذا كان معطوفًا ومعطوفًا عليه فتارة يكون المعتبر فيهما صدق كل منهما على المبتدأ وهو الموضوع كقولنا: العشرة عدد وزوج، وتارة يكون المعتبر صدق مجموعهما لا أحدهما منفردًا كقولنا: العشرة سبعة وثلاثة، إذا تذكرت هذا فقوله: يستحيل أن تكون السلعة ثلثًا ونصفًا من الصفقة

في وقت واحد وهم سببه قصر فهمه القضية القائلة تكون السلعة ثلثًا ونصفًا على الاعتبار الأول ولا موجب لقصره على ذلك؛ بل هو من الاعتبار الثاني وهو كون السلعة مجموع ثلث الصفقة ونصفها، وكذلك هو في المسألة المفروضة، وقد أشار ابن الحاجب في: مختصره الأصلي: إلى هذا المعنى حيث قال: كجعل الجزء جنسًا مثل العشرة خمسة وخمسة، وهذا الاعتبار مستعمل في كلام الفقهاء في العيوب والاستحقاق، وفي كلام الفرضيين، والفوت بغير المبيع معتبر فيه: فيها: منه الولادة والعيب وزيادة بدن الجارية وزوال بياض العين وتغير سوق غير الربع والمثلي، وظاهر قول الأكثر أن تغير الأسواق متفق عليه، وفي الكافي: في الفوت بها اختلاف عن مالك وأصحابه، وعود السوق بعد انتقالها كدوامه وصحيح بيعه بعد قبضه.

المازري: في كون بيع المتفق على فساده بيعًا صحيحًا فوت قولان للمشهور وسَحنون والمختلف في فساده بيعه بيعًا صحيحًا فوت، وفي الرد بالعيب منها بيع نصفها ككلها.

وسمع عيسى ابن القاسم: من باع عبدا أو دارًا بيعًا حرامًا فقام بفساد البيع على المشتري يريد فسخ البيع ولم يفت ذلك فيفوت المشتري ذلك يتصدق بالدار أو يبيعها أو يبيع العبد أو يعتقه بعد قيام البائع عليه؛ لم تجز صدقته ولا بيعه بعد قيامه عليه بفسخه، ويمضي العتق لحرمته.

ابن رُشْد: وهذا صحيح؛ لأنه متعد فيما فعل بعد القيام عليه؛ إنما يجوز له ذلك قبل القيام عليه؛ لأنه أذن له في ذلك حين ملكه المبيع بالبيع الفاسد، فإذا باع أو وهب أو تصدق بعد أن قام عليه فله إجازة ذلك، ويضمنه القيمة يوم القبض؛ لأنه بفعله ذلك رضي بالتزام القيمة، وله رد ذلك وأخذ مبيعه وليس له أن يجيز البيع، ويأخذ الثمن إذ ليس بعداء صرف؛ لأنه إنما باع ما ضمنه بالبيع الفاسد؛ لأنه لو تلف كانت مصيبته منه، والقياس أن يكون في العتق مخير بين أخذ عبده وإمضاء عتقه، ويضمن المشتري قيمته، وإنما أمضاه استحسانًا.

وفيها: من اشترى سيفًا نصله تبع لفضته بدنانير ثم افترقا قبل النقد، ثم باع السيف، ثم علم قبح ذلك جاز بيعه، وعليه قيمته يوم قبضه.

ابن محرز: أنكر سَحنون فوته بالبيع ورآه ربا، وقوله في السؤال: ثم علم بقبح ذلك، فيه إيهام أن البيع الصحيح إنما يفوت الفاسد إن لم يقصد مشتريه تفويته ولا يفوت بقصده ذلك وهو وجه صحيح.

عياض: لا يختلفون أنه لو علم بالفساد، ثم باعها قصد تفويتها أن بيعه غير ماض.

قُلتُ: هذا خلاف قول اللخمي إن قصد المشتري بالبيع والهبة تفويت البيع قبل أن يقوم عليه البائع كان فوتًا، واختلف إن فعل ذلك قبل قيام بائعه بفسخه لظاهرها مع اللخمي عن المذهب، وعياض مع ابن محرز عنه.

ونقل اللخمي مع سماع عيسى ابن القاسم: قال ابن عبد السلام: ووقع، في الرواية أن المشتري إن قصد تفويته ببيعه؛ فإنه لا يفوت بذلك إلا بالعتق.

قُلتُ: إنما وقع هذا في سماع عيسى المتقدم، ولم يقع مطلقًا كما نقله؛ بل مقيدًا بكونه بعد قيام بائعه عليه بالفسخ حسبما تقدم، وفي فواته ببيعه قبل قبضه نقلا الصقلي: عن ابن عبد الرحمن والشَّيخ وأخذ ابن محرز الأول من قولها في العيوب الصدقة به قبل قبضه فوت، قال: والبيع أقوى من الصدقة، ورد المازري كونه أقوى بأن المبيع إذا نقض رجع المشتري بالثمن فلم يتضرر بفسخه، وإذا نقضت الصدقة؛ لم يرجع المتصدق عليه بشيء.

الصقلي: البيع أحرى من الصدقة؛ لافتقارها للحوز دونه.

ابن محرز: وقد اختلف في هذا الأصل فعن مالك من اشترى ثمرًا قبل بدو صلاحه على البقاء، ثم باعه بعد بدو صلاحه على مشتريه قيمته يوم زهوه، وقال أيضًا: يرد مثل مكيلته.

وقال محمد: وعليه قيمته يوم باعه، فلم ير مالك بقوله: يرد المكيلة أن البيع الصحيح يفيته لما كان باقيًا في أصول بائعه، ومن هذا المعنى قوله في الشفعة من المدَوَّنة من أعمر رجلًا دارًا حياته على عوض يرد غلتها، ولم يجعل صحيح عقد كرائها بعيب عقد كرائها الفاسد، لما كان العقد فيها لم يضمنه مشتريه ومن لم يقل بهذا يتأول قوله يرد الغلة برد قيمتها وقوله في الثمرة بأنه مضى البيع الثاني وأغرم مشتريه أولًا مكيلته يوم البيع.

وذكر اللخمي قولي مالك ومحمد في الثمر وقال: لا يصح قوله: إن قيمته يوم بدو صلاحه إلا على أنه دخل على جدها عند بدو صلاحه أو بعد ذلك، فيجري على الخلاف في التمكين هل هو قبض، وإن دخل على بقائه ليبسه، فالقيمة فيه يوم البيع الثاني.

واختلف فيمن اشترى عبدًا شراءً فاسدًا فباعه أو أعتقه قبل قبضه فعلى أنه ليس بفوت يخير البائع في إمضاء بيعه وأخذ ثمنه ورده، وإن جذه المشتري وبان به، وهو يعلم؛ فليس له إلا الثمن، وإن لم يعلم بالبيع الثاني خير في إجازة البيع، وأخذ الثمن من المشتري الثاني أو قيمته مجدودًا كما قبضها المشتري الثاني أو المكيلة إن عرفت، وعلى أنه فوت يغرم المشتري الأول قيمته يوم باعه يقال: ما قيمته على أن يبقى في رؤوس النخل في ضمان بائعه الأول إلى يبسه هذا معنى قول محمد؛ لأن المشتري ثانيًا إنما اشتراه على أن جائحته من البائع حتى ييبس، فإذا لم يضمنه المشتري ثانيًا إلا باليبس كان للمشتري أولًا على البائع مثل ذلك كمن اشترى تمرًا مزهيًا فباعه بالحضرة، فلكل واحد من مشتريه الرجوع على بائعه بجائحته، ويصح على أن البيع فوت أن يكون للمشتري أولًا الثمن الذي باع به، وعليه لمن باع منه مثل كيله كقول مالك؛ لأنه وإن كان البيع فوتًا، فالضمان لا ينتقل عن واحد منهما إلا باليبس، وإذا كان كذلك كانت المكيلة على صفتها وقت قبضها، ولو رجع المبيع بيعًا فاسدًا لمشتريه بعد بيعه إياه صحيحًا بشراء أو إرث أو رد عيب أو هبة، ففي رفع فوته، وبقائه، قولا ابن القاسم مع مالك وأشهب.

فيها: وفي عبارتها عن الفسخ بقوله له رده تعقب يوجب كون اللام بمعنى على عياض: عارض بعض الأندلسيين قول ابن القاسم بقولها: إن باع الموهوب هبة الثواب، ثم اشتراها لم يزل ما لزمه من قيمتها، وأجاب القرويون بأن رد الهبة اختياري فبيعها دليل التزامه قيمتها ورد الفساد جبري فيتهم على بيعه إنه تحيل على رفع الفسخ.

عياض: وفيه نظر.

قُلتُ: النظر في الرجوع واضح وفي غيره نظر قال عن فضل: جرى ابن القاسم على أصله بالشفعة فيمن اشترى شقصًا بيعًا فاسدًا فباعه أنه لا يأخذه الشفيع بالصفقة الأولى لفسادها فإن نقضنا الثاني انتقض الأول، وجرى أشهب على أصله أنه يأخذه

بأيتهما شاء.

الأولى بقيمة الشقص لفواته بالبيع، والثانية بالثمن.

قال فضل: هذا أشبه بأصولهم.

قُلتُ: يريد: أنه يجري على أصل ابن القاسم أيضًا؛ لأن نقض الصفقة الثانية؛ إنما هو بالأخذ بالصفقة الأولى بعد تقررها فهو رفع مفوت لها بمفوت آخر، فلم يزل حكم الفوت.

وفي الرد بالعيب منها، وإن قبض الأمة مشتريها شراءً فاسدًا فكاتبها، ثم عجزت بعد أيام يسيرة؛ فله الرد إلا أن يتغير سوقها قبل رجوعها إليه فهو فوت، وأشهب يفيتها بعقد الكتابة، وإن عجزت قرب ذلك، والتدبير فوت كإيلادها، والرهن والإجازة، فلا أراه فوتًا.

الشَّيخ عن أشهب: برهنها لزمته قيمتها، ولو رد غرماؤه عتقه أو تدبيره أو رد عليه بعيب بعد الحكم بالقيمة لفوته لم يرتفع.

اللخمي: اتفاقًا ولو حدث ذلك قبله فقولان: لمحمد عن أشهب وابن القاسم وهو أحسن.

المازري: والقولان يجريان فيما لو سافر به سفرًا مفيتًا، ثم عاد أوصح عن مرض أو زال عيبه أو افتكه من رهن، أو إجارة عن قرب.

وفيها: إن تغير سوق السلعة ثم عادت لم ترد؛ لأن القيمة وجبت بخلاف رجوعها بعد بيعها إليه ببيع أو غيره، وفرق القابسي بأن التي حال سوقها، ثم رجع إنما رجعت لسوق أخرى لا للأولى، وفي البيع عادت لعين الملك الأول.

ابن محرز: ليس هذا ببين والصواب الجمع بينهما.

عبد الحق: وقيل: لأن حوالة السوق ليس من فعل المشتري والبيع من فعله، وليس بالقوي، وقول ابن القاسم في رفع فوت الفاسد بعوده لمشتريه، يبين وهم ابن رُشْد في رده على التونسي في مسألة من باع ثوبًا على الصفة ثم اشتراه قبل قبضه منه بقوله: من اشترى ما باعه بيعًا فاسدًا شراءً صحيحًا لا يفسخ بيعه والعتق لأجل فوت، سمع أبو زيد ابن القاسم: من باع أمة على حرية ما في بطنها مضى بيعها؛ لأن عتق

الجنين فوت.

وفيها: قيمتها يوم قبضها.

ابن رُشْد: فسد؛ لأن شرط عتقه على مبتاعها غرر والواجب قيمتها يوم بيعها؛ لأنه يوم فوتها، وفي قوله يوم قبضها نظر، إلا أن يكون قبضها يوم باعها، ولو كان على أنه حر على بائعها فسخ ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد على مذهب ابن القاسم، والقيمة فيها على أن الولد مستثنى لرجل بيعها كذلك.

وقال ابن حبيب: لا يفوت بحوالة سوق ولا ولادة، ويفوت بالعيب المفسد قال: ولو أعتقها مشتريها قبل ولادتها؛ فله ولاؤها، وولاء ولدها لبائعها، وكذلك هبته إياها وفي رهنها، وأما الدور والأرضون؛ فلا يفيتها حوالة الأسواق ولا طول زمان، إنما يفيتها الغرس والبناء والهدم بفعلك أو غيره.

وفي سماع عيسى ابن القاسم: بيع الدار والصدقة بها كما مر له في العرض.

الشَّيخ عن محمد: لا يفيتها الزرع، فإن فسخ بيعها في إبانه لم يقلع، وعليه كراء المثل، وبعده لا كراء عليه ولو أثمرت الأصول عند مبتاعها ففسخ بيعها وقد طابت الثمرة فهي للمبتاع، ولو لم تجذ وإن لم تطب فهي للبائع، وعليه للمبتاع ما أنفق ولأَصْبَغ: من اشترى أرضًا شراء فاسدًا فغرس غرسًا أحاط بها وأكثرها بياض لم يحدث به شيئًا؛ فهو فوت إن عظمت مئونته وله بال، وإن غرس منها ناحية فقط، وجلها بياض فسخ في بياضها، وفيما غرس قيمته إلا أن يكون يسيرًا جدًا لا بال له فيفسخ في جميعها، وللغارس على البائع قيمته.

ابن رُشْد: ومضى ما غرس منها غير يسير بمنابه من قيمتها جميعها، ولابن القاسم في الدمياطية مضيه بقيمته مفردًا، وذلك يختلف قد يكون قيمته مفردًا عشرة، ومع جملة الأرض عشرين؛ إذ قد تساوي الأرض دون ذلك الموضع تسعين، ويساوي ذلك الموضع وحده عشرة، ويساوي جميع الأرض جملة مائة وعشرين.

وقوله: إن كان الغرس يسيرًا لا بال له، فسخ بيع جميعها مثل سماع القرينين في يسير البناء قال فيه: على رب الحائط ما أنفق المبتاع فيه، وقال في الغرس: على البائع قيمة الغرس معناه: قيمته مقلوعًا يوم غرسه، وما أنفق في غرسه أو قيمة ما أنفق فيه.

قُلتُ: في سماع القرينين: وعلى رب الحائط ما أنفق مبتاعه في بناء جدار أو حفر بئر، وأصل هذا البيع لم يكن جائزًا.

ابن رُشْد: لا يفوت الحائط في البيع الفاسد بالبناء اليسير؛ فلذا قال: على رب الحائط إذا رد إليه ما أنفق المبتاع، وقيل: قيمة ما أنفق، وليس باختلاف إن كانت نفقته بالسداد رجع بما أنفق، وإن كانت بغير سداد كاستئجارة الأجراء بأكثر من أجر مثلهم فيرجع بقيمة ذلك على السداد.

قُلتُ: ما ذكر في قيمة الغرس خلاف قول التونسي، لم يذكر أَصْبَغ في قيمة الغرس قائمًا ولا منقوضًا، والأشبه أن يكون قائمًا؛ لأنه فعله بشبهة على البقاء، فأشبه من بنى ببقعة فاستحقت.

وفي فوتها بحوالة الأسواق قولان: للخمي مع نقله عن أشهب والصقلي عن أَصْبَغ في الواضحة وفضل بن سلمة عن ابن وَهْب، والمشهور، وفي لغو طول الزمان فيهما مطلقًا وفوتهما بعشرين سنة نقلا اللخمي عن ابن القاسم مع مالك وأَصْبَغ قائلًا: لا بد أن يدخلها التغيير في ذلك.

اللخمي: اختلف في الطول في الحيوان؛ ففي التدليس منها من كاتب عبدًا اشتراه شراء فاسدًا فعجز بعد شهر فات بيعه؛ لأنه طول، وفي ثالث سلمها الثلاثة الأشهر ليست بفوت في العبيد والدواب.

المازري: اختلف في مجرد طول الزمان يمر على الحيوان، ولم يتغير في ذاته ولا سوقه، هل هو فوت؟ فذكر قولها في الكتابين، ثم قال: اعتقد بعض أشياخي أنه اختلاف قول على الإطلاق، وليس كذلك إنما هو اختلاف في شهادة بعادة؛ لأنه أشار في المَدَوَّنة إلى المقدار من الزمان الذي لا يمضي إلا وقد تغير الحيوان، فتغيره في ذاته أو سوقه معتبر، وإنما الخلاف في قدر الزمان الذي يستدل به على التغير.

قُلتُ: في رده على اللخمي تعسف واضح؛ لأن حاصل كلامه أن الخلاف إنما هو في قدر الزمان الذي هو مظنة لتغيره لا في التغير، وهذا هو نفس مقتضى كلام اللخمي لمن تأمله وأنصف، وذهاب عين المثلي مع بقاء سوقه لغو لقيام مثله مقامه، وفي فوته بحوالة سوقه، ثالثها: إن ذهبت عينه، للصقلي عن ابن وَهْب مع اللخمي عنه وعن

غيره، والمازري عنه مع قول ابن رُشْد: هو مقتضى النظر ولم يعزه ونقله لما هو سوقه بخلاف سوق ما نقل منه فوت، ولغيره.

قال ابن رُشْد: إن كان يفتقر لكراء من دواب ورقيق ففي لغو نقله وفوته به سماع عيسى ابن القاسم في الرقيق قائلًا: ترد على بائعها حيث نقلها، وإن كان طعامًا رده من حيث نقله، وقياس السلع عليها والتخريج على قول أشهب وأَصْبَغ بتخيير من غصبها منه في إلزامه غاصبها قيمتها بنقلها وهذا الأظهر.

اللخمي: إن كانت عروضًا لحملها أجرة فنقلها فوت ولم يره ابن القاسم في نقل الحيوان؛ لأنه ينتقل بنفسه لم يغرم مشتريه لنقله أجرًا وكذا البائع في رده، وأرى أن لبائعه أن لا يقبله إلا حيث قبض منه، وإن كان بطريقه خوف فهو أبين ولبائعه أن يضمنه قيمته وإن حال سوقه وما بين البلدين قريب مأمون فلمشتريه رده حيث قبضه وقد تقدم قولا ابن القاسم وأشهب: إذا عاد المشتري فاسدًا بعد بيعه لمشتريه.

المازري: نقل الموزون والمكيل كالعرض، لافتقاره لأجر في نقله، وفي فوت جزافه ولم يعلم كيله ولا وزنه طريقان:

الصقلي: قولان لمحمد في الحلي الجزاف، وقولها في بيع السيف حليته أكثره يفسد بتأخير عوضه لا يفوت بحوالة سوقه.

الصقلي: مع شبهه بالعرض لربطه به.

اللخمي: هو كالعرض يفوت بها وبذهاب عينه، وأرى إن ذهبت، وأراد البائع أن يقضي له بمثل المكيلة التي تقوم قضي له به؛ لأنه إذا قيل فيها تسعة إلى أحد عشر غرم عشرة كان غرم مثل العشرة أولى من غرم قيمتها، وكذا إن قال: أغرمه أقل ما يقال: إنه فيها، أو قال المشتري: أغرم له أكثر ما يقال: إنه فيها؛ فله ذلك.

قُلتُ: إن قيل قوله ثانيًا، وكذا إن قال البائع: أغرمه أقل ما يقال: إنه فيها تكرار عن قرب لقوله: أول وأرى أن يقضى له بمثل المكيلة التي تقوم.

قُلتُ: ليس تكرارًا؛ لأن الأولى تردد التقدير فيها بين ثلاثة أعداد، وأخبر أن الحكم فيها بالوسط، والثانية تردد التقدير بين عددين فقط، واقتصار المازري في نقله عنه على الثاني فقط يخل بفائدة علم حكم الأولى فتأمله.

اللخمي: وأرى إن ذهبت عينه، وعرف كيله ولم يتغير سوقه أن يقضى فيه بالمثل.

المازري: قال بعض أشياخي: المذهب على قولين فيه: إن علم كيله بعد ذلك هل يقضى فيه بالمثل أو يبقى على حكمه حين عقد البيع؟ وأشار الشَّيخ إلى ارتفاع الخلاف في هذا في مسألة من ابتاع ثمرًا قبل زهوه وجذه رطبًا.

قُلتُ: ظاهر كلام اللخمي: إن المذهب فيما عرف كيله كما جهل كيله، وإنه اختار خلافه ولم يصرح بذكر القولين.

اللخمي عن محمد عن ابن القاسم: وطء الأمة فوت.

زاد عبد الحق قال بعض شُيُوخنا: لأنه لا بد من المواضعة للاستبراء، فيطول الأمد، وطول الزمان في الحيوان فوت.

المازري: مقتضى هذا التعليل أنها إن كانت وخشًا لم تفت به؛ لأنها إذا ردت إلى البائع لم يمنع من منفعة مقصودة لكن يمنع من بيعها لاحتمال حملها.

قُلتُ: ومنعه بيعها ضرر عليه فالحكم بفوتها به صحيح، والاقتصار على العلة الأولى متعقب ومجرد غيبة المبتاع عليها لغو إن صدقه البائع، ووقفت للاستبراء إن كانت من العلي وإلا لم توقف وإن كذبه وهي من العلي لم ترد وإن كانت من الوخش، فالقول قوله إن لم يصب، وردت.

وفيها: إن اشترى ثمرًا لم يزه فتركه حتى أرطب أو أتمر فسخ ورد قيمة الرطب ومكيلة التمر إن جده تمرًا.

الصقلي: يريد إن كان الرطب قائمًا ردت، وإن فات والإبان قائم رد مثله، وإنما يرد مكيلة التمر إن فات وإلا رده بعينه.

الشَّيخ: انظر قال محمد في جزاف الطعام: إنما عليه إن حال سوقه قيمته لا رد مكيلته إن عرفت.

الصقلي: الذي هنا إذا عرفت المكيلة ردها؛ فلعله يريد إنما يكون عليه قيمتها إن فاتت عينه وجهل كيله فلا يكون اختلاف قول، ورد المكيلة أعدل ولو أخره حتى أرطب لقصد فسخه ففي فسخه وإمضائه معاملة بنقيض قصده قولان لها، ولنقل الصقلي. وسمع ابن القاسم: من ابتاع ثمرًا لم يبد صلاحه ثم باعه بعد بدو صلاحه

لصاحبه عدد الثمرة حين يبدو صلاحها ولا يأخذ إلا تمرًا فإن تلفت لم يأخذ الأول من أخذ الثمرة المبتاع شيئًا.

ابن رُشْد: بيعه كذلك فاسد ضمانه من بائعه ما دام في شجره وإن طاب؛ لأن قبض أصوله ليس قبضًا له، ويضمنه مبتاعه بجده وعليه كيله إن جده رطبًا وعرف كيله، ولم يفت إبان الرطب وإن فات أو جهل كيله فعليه قيمة خرصه، وإن كان قائمًا رد وفسخ البيع بكل حال هذا معنى قوله في البيوع الفاسدة وغيرها، ولو باعه مبتاعه بعد بدو صلاحه فقيل بيعه فوت وقبض، وفي كون قميته يوم باعه أو يوم بدو صلاحه قول محمد وروايته، ومعناه: إن كان بيعه يوم بدا صلاحه أو استوت القيمة في الوقتين؛ فلا اختلاف، وقيل ليس بيعه قبضًا ولا فوتًا؛ لأنه باع ما ليس في ضمانه فبيعه فاسد لا يقع به فوت ما لم يجده وهو قوله في هذا السماع، والقولان قائمان من قولها في العيوب؛ لأنه لم يجعل فيه البيع الصحيح تفويتًا قبل القبض وجعل الهبة فيه فوتًا.

قُلتُ: تقدم هذا مستوفى قال: وقوله: لصاحبها عدد الثمرة، معناه: إن جده المبتاع الثاني تمرًا؛ لأنه إذا لم يجعل بيعه بعد بدو صالحه فوتًا وجب رده لبائعه الأول إن كان قائمًا، ومكيلته إن فات أو تلف بعد جده وينفسخ فيه البيعان، وقوله: حين يبدو صلاحها! لا وجه له؛ لأن المكيلة لا تجب عليه ببدو صلاحها إنما تجب عليه بجده إياها بعد ذلك تمرًا، ولأن المكيلة لا تختلف باختلاف الأوقات إنما تختلف فيها القيمة، وقوله: لا يأخذ إلا ثمرًا معناه: إن جدها تمرًا، لأنه هو الواجب له، وعليه ولو تراضيا على ما سواه، جاز أن يأخذ منه كل ما يجوز له أن يبيع به الثمر، كمن استهلك لرجل تمرا، وقوله: إن تلفت لم يأخذ الأول من أخذ الثمرة المبتاع شيئًا معناه: إن تلفت قبل جدها، وإن يبست، ومثله في الموازيَّة وهو صحيح على قياس قوله: إن البيع فيها ليس بفوت.

قُلتُ: حمله قول محمد ومالك على الوفاق خلاف ظاهر كلام اللخمي، قال: قوله: (القيمة يوم بدو الصلاح)؛ إنما يصح على أن المشتري جدها من حين بدو صلاحها فيجري على الخلاف في كون التمكين قبضًا وإن دخل على أن تبقى لتيبس لم تكن القيمة يوم بدو الصلاح، وكان الاعتبار يوم البيع الثاني، ومن فاسدها بيع معين حاضر يتأخر

قبضه لما يتغير فيه. مقصود منه في سلمها الأول، من أسلم في سلعة بعينها لأجل بعيد لم يجز نقد أم لا؟ لأنه غرر لا يدري أتسلم السلعة لأجلها أم لا؟ إن هلكت، وقد شرط نقد ثمنها رده بعد نفعه به باطلًا، وإن لم يشترطه صار كأنه زاده في ثمنها على ضمانها، وإن شرط قبض السلعة ليومين جاز لقربه، ولو شرط في طعام بعينه كيله إلى ثلاثة أيام جاز وكذا السلع كلها شرطه البائع أو المبتاع.

وفي كراء الرواحل منها لابن القاسم: لا يعجبني شرط تأخيرها ثلاثة أيام إلا لعذر من ركوب دابة ولبس ثوب وخدمة عبد وغيره أو توثقًا للإشهاد وإن لم يكن لشيء من ذلك كرهته ولا أفسخ به البيع.

قُلتُ: فظاهره شرط جوازه لفائدة توثق أو انتفاع وأخذ لغوه من قول سلمها شرطه البائع أو المبتاع.

وفيها: مع غيرها: جواز بيع الدار واستثناء سكناها مدة لا تتغير فيها غالبًا، وفي حدها بسنة أو نصف أو سنتين رابعها، ثلاثا، وخامسها، خمسًا، وسادسها، عشرًا لها مع سماع يحيي ابن القاسم قائلًا: ولو كان الثمن مؤجلًا، ولابن رُشْد عن رواية ابن وَهْب والمتيطي عن ابن حبيب وعن سَحنون، ولابن رُشْد عنه وله عن ابن القاسم في الموازيَّة مع المغيرة ودليل قولها في العارية: بجواز إعارة الأرض عشر سنين على أن يبنيها بناء موصوفًا ورده المتيطي بأن لرب العرصة أخذ البناء عند انقضاء المدة يرد بأنه حينئذ مرئي مدركة حالته.

ابن رُشْد: ينبغي أن ينظر في ذلك لحال البناء في أمنه وضعفه.

قُلتُ: هذا قول التونسي وكذا الأرض.

ابن رُشْد: في سماع يحيي: بيع الأرض واستثناؤها أعوامًا أخف يجوز فيها عشرة أعوام، قاله ابن القاسم أول سماع أَصْبَغ من كتاب الحبس ومثله في الموازيَّة، وقال المغيرة: يجوز فيها السنين ذوات العدد أكثر من عشر، ولابن القاسم في المدنيَّة لا يجوز فيها إلا سنة كالدار.

قُلتُ: ومثله للمازري ولابد من بيان ما يجعله فيها، في الغرر منها: يجوز لمن باع دابة استثناء ركوبها يومين لا ما بعد ولا ركوبها شهرًا، فإن هلكت فيما لا يجوز استثناؤه

فهي من البائع لأنه بيع فاسد لم تقبض به السلعة وكذا استثناء خدمة العبد.

ولابن رُشْد يجوز استثناء ركوب الدابة ثلاثة أيام.

قُلتُ: ومثله للمازري.

الباجي: روى ابن حبيب يجوز ركوبها يومين في السفر، وروى أشهب منع ذلك في السفر، وروى محمد منع ركوبها ثلاثةأيام، وقال: يفسد العقد، وعندي أن دواب الكد والعمل يسرع لها التغير وتدبر ولو كانت من دواب الحمال والركوب، خاصة، جاز فيها لأنها لا تكاد تتغير في مثله ما لم يكن سفرًا، وقبله ابن زرقون ورواية أشهب بالمنع في السفر إنما هي في النوادر بلفظ قال عنه أشهب لا يصلح في بعيد السفر.

اللخمي: ما جاز استثناؤه يجوز بعد قبض المبتاع، ومقامها عنده يومين لا جمعة.

وفي كون ضمانها فيما يجوز استثناؤه من المبتاع مطلقًا أو فيما كان بعد قبضه قولا مالك وابن حبيب، وما فسد في كونه من بائعه مطلقًا أو ما لم يهلك بيد مبتاعه أو بعد حوالة سوق قولا ابن القاسم وكتاب ابن سَحنون.

وفي نوازله: من باع دارًا اشترط سكناها سنة ثم تهدمت قبلها، أو باع دابة اشترط ركوبها يومين فماتت قبلها وطلب رجوعه على المشتري بحصة السكنى والركوب واحتج بأنه رخص في الثمن لما استثناه.

قال: سمعت على بن زياد يقول لا رجوع له بشيء، وروى أَصْبَغ عن ابن القاسم مثله.

ابن رُشْد: مثل رواية أَصْبَغ في سماعه لا يرجع بشيء وزاد فيه؛ لأنه خفيف لم يضع له من الثمن شيئًا وفيه نظر؛ لأن المعلوم أن الثمن مع الاستثناء، أقل منه دونه، ولعل قيمة السكنى مثل قيمة ربع الدار أو أكثر، وكذا استثناء ركوب الدابة بيومين أو ثلاثة؛ وإنما وجه عدم رجوعه إنه جعل ما استثناه باقيًا على ملكه ولم يبعه؛ وإنما حط عن المشتري ما كان يجب لما لم يبعه، واستثناه كمن باع ناقة لها فصيل واستثناه، فإن بنى المبتاع الدار على هذا القول وبقيت من مدة الاستثناء بقية، فللبائع سكنى الدار بقيتها وعليه كراء الأنقاض قائمة لذهاب الأنقاض التي استثنى سكناها، ولا حق له في أنقاض المشتري فيقال كم كراء البقعة مهدومة؟ وكم قيمة كراء الدار قائمة؟ فيغرم

البائع فضل قيمة كراء الدار قائمة على قيمة الأنقاض في المدة التي بقيت من شرطه وإن لم يبنها المشتري فللبائع سكنى القاعة مهدومة بقية المدة وله أن يبنيها، فإذا انقضى أمد سكناه أخذ نقضه إلا أن يشاء المبتاع أن يعطيه قيمته منقوضًا على قول ابن القاسم وروايته، وعلى قول المدنيين وروايتهم له قيمته قائمًا إذا انقضى أمد سكناه، وعلى أن المستثنى مشترى فهو كمن باع داره بدنانير وسكنى مدة معلومة فينظر لقيمة السكنى إن كانت عشرة دنانير، والثمن تسعون رجع بعشر قيمة الدار يوم باعها، وكذا في الدابة، وهو قول أَصْبَغ في سماعه إلا أنه قال: ما لم يكن المستثنى يسيرًا مثل الأيام في الدار والبريد في الدابة وهو استحسان لا قياس، وكذا تفرقة ابن حبيب بجعله الركوب قبل قبض المبتاع مبقى على ملك البائع لا يرجع بشيء، وبعض وبعد قبض المبتاع مشترى يجب له به الرجوع، ولما ذكر ابن محرز عدم رجوعه في الانهدام قال: وقال ابن القاسم: إلا أن يصلح الدار قبل السنة فيكون للبائع بقية شرطه.

قُلتُ: زاد في النوادر: ولا يجبر على الإصلاح.

قال ابن محرز: إنما رآه في الهدم اليسير الجاري مجرى الإصلاح؛ لأن الأنقاض التي شرط الانتفاع بسكناها قائمة، ولو ذهبت ثم بناها المشتري، من عنده أو كثر الانهدام حتى يحتاج إلى إنشائها لم يبق للبائع حق إلا في القاعة وفيما بقي من أنقاضه.

وقال أَصْبَغ: لا يعجبني قول ابن القاسم، وأرى أن تقوم السكنى، ويرجع البائع بقدرها، وكذا في استثناء ركوب الدابة إن هلكت يرجع بقدرها إن كانت شيئًا له قدر.

وأما مثل الأيام والبريد، والأيام القليلة في الدار فلا يرجع بشيء وليس كالصبرة؛ لأن صفقة الصبرة قبض للمبتاع ما اشتراه، والبائع لم يقبض سكناه.

قال محمد: لم أجد لقول أَصْبَغ معنى.

ابن محرز: هو كما قال محمد: وقول أَصْبَغ يدل على أن المستثنى على ملك المشتري وهو باطل ضرورة؛ لأن المشتري ماملك قط السكنى ولا ابتاعها إنما ابتاع ما سواها، وقول أَصْبَغ وهم، ولو كان مشترى للزم في الصبرة إذا استثنى البائع منها كيلًا أن يكون في ضمان المشتري وهذا لم يقله أحد. وأما كراهة مالك لمن اشترى من ثمرته كيلًا أن يبيع ما استثناه قبل كيله خوف أن يظن به أنه اشتراه، ولعله ممن يقتدي به.

قُلتُ: قول أَصْبَغ هذا وقع في سماعه، ولم يتعقبه ابن رُشْد، ودعوى ابن محرز وهم قول أَصْبَغ إغراق للشهرة نقل غير واحد الخلاف في كون المستثنى مشترى أو مبقى، وتقدم تفريع ابن رُشْد على القولين.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم من باع دابة على أن يركبها بعد ثلاث إلى الإسكندرية فقبضها المشتري، فتلفت عنده قبل الثلاث إنها منه ولو أخذها البائع بعد الثلاث فركبها ضمنها.

أَصْبَغ: لفساد بيعها بطول الركوب، وكثرته وردها لبائعها كعدم قبضها منه.

ابن رُشْد: فسد لأمرين بعد المسافة، وعدم اتصال الركوب بالبيع، إنما جاءت السنة في اتصاله بالبيع، ومثله سمع أبو زيد إنه فاسد، أنه جعل ضمانها من البائع ما بقي له فيها ركوب، وإن تلف بيد المشتري، فسماع عيسى على أن المستثنى مشترى وسماع أبي زيد على أنه مبقى.

الصقلي عن بعض القرويين: وأجر تقويم المبيع إن افتقر إليه على المتبايعين معًا لدخولهما في البيع مدخلًا واحدا.

قُلتُ: ما علل به هو تفرقتها بين فوت البيع الفاسد بحوالة الأسواق بخلاف الرد بالعيب وحكى بعضهم أنه على البائع قال: وقيل: على المبتاع، والأظهر الأول ما لم ينفرد أحدهما بعلم فساده فيكون عليه، وهلاك المبيع قبل ضمانه مبتاعه بغير سبب بائعه كاستحقاقه ينقص بيعه وتغيره حينئذ بنقص كقدمه يوجب تخيير مبتاعه وتلف بعضه أو استحقاقه معينًا كرده بعيب، فيها مع غيرها: إن قل المستحق؛ لزمه الباقي بمنابه من الثمن حين العقد معينًا.

وفيها: إن استحق الأكثر حتى يضر بتبعيض الصفقة، فعليه رد جميعها لا يجوز رضاه بما بقي لجهل حصة ذلك إلا بعد القيمة فكأنه بيع بثمن مجهول لوجوب الرد في كل الصفقة.

الصقلي وغيره: أجاز ابن حبيب تمسكه بما بقي بمنابه من الثمن، وعزاه ابن محرز له عمن أدرك من أصحاب مالك قال: وقال ابن الكاتب: أجاز ابن القاسم مرة جمع الرجلين سلعتيهما في البيع؛ فعليه يجوز أن يتمسك بما بقي بمنابه من الثمن؛ لكونه في

الجملة معروفًا ولو كان التمسك كابتداء عقد لكان إذا كان الاستحقاق على الأجزاء في أكثر المشترى لافتقر في التمسك به إلى رضى البائع.

قال التونسي والصقلي: ووقع في أكرية الدور منها ما يؤيده وهو قوله فيمن اكترى دارًا فانهدم منها بعد ما سكن بعض السكنى ما يجب به الرد إن له التماسك بما بقي، وهو أخف من جمع الرجلين سلعتيهما في البيع؛ لأنهما في جمعهما ابتدءا العقد على ذلك، وفي الاستحقاق هو حادث بعد صحة العقد.

قُلتُ: يعارض ما ذكراه من الخفة بأن جهل مناب ما بقي من الثمن في الاستحقاق عام في البائع والمبتاع، وجهل مناب كل سلعة من الثمن في جمع السلعتين خاص بجنبة البائع.

وقال الصقلي في كتاب العيوب: لأشهب نحو قول ابن حبيب، وأنا أستحسن إن استحق الكثير ورضي المبتاع أخذ ما بقي بحصته أن لا يأخذ إلا بعد التقويم، ومعرفة حصة ما بقي، وفي استحقاقها إن استحق نصف الدار أو جلها أو أقل مما هو ضرر بالمشتري خير في تمسكه بما لم يستحق على قدره من الثمن ورده.

عياض: وظاهره: أن الاستحقاق على غير الأجزاء، فإن كان كلامه على الأجزاء فهو على أصله، وإن كان على ظاهره وكلامه على النخلات المعينات والبيت، فهو خلاف ما عرف من مذهبه؛ لأن منابه من الثمن مجهول لا يجوز ذلك حتى يعرف ذلك وهو مثل ما له بعد في مسألة العبد في كتاب الشفعة والقسمة، وثاني كتاب النكاح وقول ابن حبيب خلاف ما له في العيوب وما له هنا في مسألة السلع الكثيرة، وأشار بعضهم إلى أن مذهبه في كتاب الاستحقاق التفريق بين السلع والرباع.

قُلتُ: ففي كون استحقاق الجل معينًا من غير المكيل والموزون موجبًا لفسخ بيع ما بقي وتخيير مشتريه في إمساكه ما بقي، ثالثها: في السلع لا الرباع. ورابعها: لزوم ما بقي ولو كان العشر فيما تقاربت أفراده عدده للمشهور وابن حبيب مع نقله عن أصحاب مالك وأشهب ودليل بعض مسائلها ونقل عياض عن بعضهم، وغير واحد عن أشهب وقول عياض: لأن منابه من الثمن مجهول لا يجوز ذلك حتى يعرف ذلك يقتضي أنه المذهب عنده وهو خلاف ما تقدم للصقلي: أنه اختيار منه، فتأمله وقول ابن

عبد السلام: أشهب يرى في جميع هذه المسائل أن استحقاق الأكثر لا يوجب خيارًا للمشتري ويلزمه الأقل بما ينوبه من الثمن يقتضي أن قول أشهب مطلق غير مقيد بتساوي أفراد المبيع أو تقاربها ولا أعرفه إلا مقيدًا حسبما ذكرناه، واستحقاق الأكثر من مثلي أو غيره شائعًا يوجب تخيير مبتاعه في رده، واستحقاق الأقل من واحد من الحيوان وما يفسده القسم كالثوب مثله ومن غيرهما معينًا لا ينقص منفعة باقية لا يوجبه الأقل في العروض غير المثلية النصف، وما فوقه كثير.

ابن رُشْد: هذا قوله وقول غيره في الرد بالعيب، وقيل: النصف كثير يفسخ البيع باستحقاقه قاله في آخر كتاب الاستحقاق منها في بعض رواياتها، وفي استحقاقها صبر المثلي كالسلع وفي التجارة لأرض الحرب، منها: من اشترى لبن عشر شياه في إبانه ثلاثة أشهر فمات منها خمس بعد حلبه جميعها شهرًا، فإن كانت الميتة تحلب قسطين قسطين والباقية تحلب قسطًا قسطًا نظر، كم الشهر من الثلاثة في نفاق اللبن؟ فإن كان النصف فقد قبض نصف صفقته بنصف الثمن وهلك ثلثًا فالهالك ثلثا النصف الباقي قبل قبضه؛ فله الرجوع يرجع بحصته من الثمن وهو ثلثا نصف الثمن وهلك ثلث للثمن أجمع ولو كان موتها قبل أن يحلب منها شيئًا رجع بثلثي جميع الثمن.

ابن محرز: لم يبين حكم ما بقي من لزومه أو تخييره في رده كاستحقاقه، والصواب أنه كالثمار، يلزمه ما بقي ولو قل، واعتبرها بعض المذاكرين بمسألة كراء الحمامين والحانوتين إن انهدم وجههما رد الباقي، وليس مثله لأن الربع مأمون وهدمه نادر ولو كان المكترى رواحل أو عبيدًا، فهلك بعضها لكان كالغنم والثمار لأن هلاكها متوقع فلم يكن للمشتري حجة في ردها.

قُلتُ: ما ذكره هو قولها في مرض الظئر والعبد المستأجر والدابة في المدة في غير سفر الدابة، إن باقي المدة لازم ما لم يحكم بالفسخ والرجوع بمناب المستحق من الثمن بقبضه على قيمته، وقيمة ما بقي ولو كانا سميا قدرًا منه لهما في العقد، وتقدم نقل المتيطي اعتبار ما سميا.

الصقلي: وقيل: يفسد البيع بالتسمية؛ لأنه كالمشترط أن لا يقبض الثمن في الاستحقاق والأقل في الطعام وغيره مكيلًا أو موزونًا في كونه كالعروض أو ما دون

الثلث والثلث كثير.

ثالثها: في غير الطعام لابن رُشْد مع غير واحد عن أشهب ونقله عن سَحنون في رسم الثمرة من سماع عيسى في الاستحقاق، وله عن ابن القاسم في رسم يوصي من سماعه عيسى من كتاب الاستحقاق مع نقله في سماع ابن القاسم عنه من جامع البيوع، ولابن محرز عنه مع ابن رُشْد عنه في رسم الثمرة من سماعه عيسى في الاستحقاق قائلًا: هو المشهور المعلوم من مذهبه. وفي الدار ما لا يضر فيها من ابتاع دارًا فاستحق منها بيت فإن كان أيسرها كدار عظمى لا يضرها ذلك لزم بيع بقيتها، وكذا النخل الكثيرة يستحق منها نخلات يسيرة، ولو استحق جل الدار أو دون نصفها مما يضر بالمشتري، فله رد ما بقي أو حبسه بحصته من الثمن ومثله في ثاني نكاحها.

وسمع عيسى ابن القاسم: من ابتاع دارًا فاستحق منها سهم من عشرة أو أقل أو أكثر قال: قال مالك: إن كان المستحق منها يسيرًا.

قُلتُ: العشر، قال: ربما كان العشر فيها يضر بها وقد لا يضر إنما ينظر الوالي بالاجتهاد إن رأى ضررًا رده وإلا أمضى البيع ورد عليه قدر ذلك من الثمن.

ابن رُشْد: إن كانت لا تنقسم أعشارًا فذلك ضرر، وإن كانت تنقسم ببيت تحصل للمستحق منها والمدخل على باب الدار والساحة مشتركة فإن كانت دارًا جامعة كالفنادق تسكنها الجماعة فليس بضرر فيرفع بقدره من الثمن ولا يرد ما بقي، وإن كانت للسكنى فهو ضرر وإن كانت تنقسم دون نقص في الثمن ويصير لكل حظ حظ من الساحة وباب على حدته فليس بضرر إلا أن يكون المستحق على هذه الصفة الثلث فأكثر والدار الواحدة في هذا بخلاف الدور إن استحق بعضها لم يرد باقيها إلا أن يكون معها أكثر من النصف، وقد نص في القسمة منها أن استحقاق ثلث الدار الواحدة كثير.

قُلتُ: كون ثلثها كثير هو نقل الزاهي عن المذهب قال: وقال أشهب: هذا في كبار الدور التي لا يضر استحقاق صغير جزئها، فأما صغارها وما لا ينقسم؛ فله رد الجميع وبهذا أقول.

قُلتُ: ظاهره أن فيما لا ينقسم منها خلاف وليس كذلك حسبما تقدم لابن رُشْد في النوادر عن ابن القاسم: من اشترى دارين فاستحق يسير، من إحداهما رجع بحصته

من الثمن ولزمه ما بقي، وإن استحق أكثرها وهي وجه الصفقة رد الدارين إن شاء أو حبسهما ولا شيء له، وإن لم تكن وجهها ففي ردها بحصتها من الثمن ولزوم باقيها قولا ابن القاسم وسَحنون وقول ابن رُشْد: والدار الواحدة في هذا بخلاف الدور يريد أن الدور كعدة سلع في قسمتها لمن ابتاع عبدًا رده باستحقاق أيسره بخلاف مبتاع عبدين متكافئين يستحق أحدهما أو مبتاع الدور والسلع لا ترد في هذا الصفقة إلا باستحقاق أكثرها، والأقل في الأرض ما دون النصف والنصف كثير في الشفعة منها: من استحق منه نصف أرض ابتاعها ولم يشفع مستحقه في باقيها، فله رد ما بقي بيده من الصفقة؛ لأنه استحق منها ما له بال، وعليه فيه الضرر وقد ذكرت هذا في مذاكرة بعضهم فأنكره علي فوقفته على قولها هذا ومثله قولها بعده بنحو ورقة: ومن ابتاع أرضًا بعبد فاستحق نصف الأرض قبل تغير سوق العبد فله رد بقية الأرض وأخذ عبده.

وفي الزاهي: ما استحق من الأرض كالدار وقيل: ليس الأرض كالدار وبالأول أقول.

قُلتُ: هذا خلاف قولها، والنقص بالخطأ في التقدير كالاستحقاق في رد البيع في البيوع الفاسدة، منها: إن ابتعت صبرة على أن فيها مائة إردب جاز، وكذلك لو ابتعت مائة من تلك الصبرة فإن نقصت يسيرًا ووجدت أكثر المائة لزمك ما أصبت بحصته من الثمن، وإن نقصت كثيرًا فأنت مخير في أخذ ما أصبت بحصته من الثمن أورده.

قال ابن رُشْد في أول مسألة من سماع القرينين من جامع البيوع: اختلف إن اشترى دارًا أو أرضًا أو خشبة أو شقة على أن فيها كذا وكذا ذراعًا، فقيل ذلك كقوله: أشتري منك كذا وكذا ذراعًا فإن وجد في ذلك أكثر مما سمى من الأذرع فالبائع شريك له بالزيادة كالصبرة يشتريها على أن فيها عشرة أقفزة فيجد فيها أحد عشر قفيزًا فالزائد للبائع وإن وجد أقل مما سمى كان ما نقص كمستحق إن قل لزم المبتاع ما وجد بحسابه وإن كثر كان مخيرا في أخذ ما وجد بمنابه من الثمن، وقيل ذلك كالصفة لما ابتاع إن وجد أكثر مم سمى فهو له، وإن وجد أقل كان مخيرًا في أخذه بجميع الثمن أو رده والقولان قائمان من أول كتاب تضمين الصناع منها، ومن رسم أوصى من سماع عيسى من هذا الكتاب، وفرق في نوازل سَحنون منه بين الدار والأرض وبين الشقة والخشبة،

وسوى بين ذلك كله في نوازل سَحنون من كتاب العيوب في بعض الروايات، وقال: يدخله الخلاف كله دخولًا واحدًا.

قُلتُ: تفرقة سَحنون بالأول في الدار والثاني في الشقة والخشبة.

ابن رُشْد: وقال بعض الشُيُوخ: على قياس التفرقة في نوازل سَحنون كل ما كان أصل شرائه شراء الجملة بغير ذرع فوجد زيادة في الذرع كالثوب والحبل والخشبة فهي له، وكل ما أصله أن يشترى بعدد أو كيل أو ذرع فوجد فيه زيادة فهي للبائع كصبرة الطعام والحرث والأرض تشترى على ذرع، وأما الدار يكون في صفتها عدد ذرع فإن كانت ذات بناء وهيئة فالذرع بعض صفاتها إن وجد فيها المبتاع زيادة فهي له وإن كانت على غير ذلك إنما بيعت لسعتها وانفساحها فوجد زيادة كان شريكًا مع البائع بالزيادة إن شاء أو يرد الكل إن كره الشركة.

وسمع عيسى ابن القاسم: من اشترى دارًا على أن فيها ألف ذراع فلم يجد إلا خمس مائة له أخذها بمنابها من الثمن أو ردها ولو كان بها بنيان فانهدم ثم لم يجد فيها إلا خمس مائة لزمته بمنابها من الثمن.

وفي كتاب أسد: هو مخير في أخذها كلها بجميع الثمن أوردها.

ابن رُشْد: إنما ألزمه الخمس مائة إن كان بها بنيان؛ لأن ما نقص من الذرع كاستحقاق واستحقاق نصف ذرع الدار إن لم يكن بها بناء كثير يوجب له الخيار، وليس نقص نصف الذرع إذا كان بها بناء بكثير؛ إذ قد تكون قيمة البناء وقيمة البقعة سواء فيكون نقص نصف ذرعها كاستحقاق ربعها، وسواء كان البناء قائمًا أو انهدم؛ لأن مصيبة ما انهدم منها بعد الشراء من المشتري، وهذا على أن الذرع في الدار والأرض والثوب والخشبة كالكيل، وعلى أنه كالصفة وهو أظهر القولين يكون مخيرًا في الدار بين أخذ ما وجد بجميع الثمن أو رده وهو الذي قال: إنه في كتاب أسد.

الصقلي: في كتاب الرد بالعيب: قال محمد: من اشترى دارًا على أن فيها مائة ذراع فوجد فيها زيادة ذراع؛ فله أن يغرم حصة الذراع أو يردها كلها إلا أن يدع له البائع الزيادة؛ لضرر القسمة، ولو كان ثوبًا؛ فله الزيادة والرد في النقصان.

الصقلي: كما له الرد في النقص يجب أن لا تكون له الزيادة كالدار، ويحتمل أن

الفرق بينهما أن الثوب ظاهر الاختبار فكأنه باع عالمًا بالزيادة، قال: الصبرة تزيد، برد زيادتها ويلزمه ما بقي.

وذكر في الواضحة في الثوب ما تقدم.

وقال في النقص: إن فات بالقطع رجع بقيمة ذلك قال: والعرصة كالشقة في الزيادة والنقص بخلاف الدار ذات المنازل والبناء؛ لأنها إنما توصف بحدودها الذرع فيها كالتحلية إن نقص الذرع يسيرًا فلا قيام به إلا أن يتفاحش بها له خطر فيكون عيبًا أو يكون اشتراط الذرع شرطًا نصًّا، فله القيام بها قل أو كثر كالشقة، والعرصة، وهو فيهما عيب كان بشرط أو بذكر البائع فقط كقول مالك في الجارية تزعم أنها عذراء أو طباخة فتوجد بخلاف ذلك؛ فله الرد.

قُلتُ: ففي كون شرط الذرع في الدار كالكيل إن وجد زيادة غرم حصتها أورد جميعها أو كالصفة نقصها عيب نقلا الصقلي عن محمد وابن حبيب وعزاهما ابن رُشْد لها مع سماع عيسى ابن القاسم، والأسدية.

ولو ذكر الذرع في صفتها دون شرط ففي كونه كصفة لها زيادته لغو مطلقًا ونقصه لغو إن قل، وإن تفاحش كعيب، وإن كانت ذات بناء وهيئة فهو صفة لها زيادته لمبتاعها، وإن بيعت لاتساعها فهي للبائع شريكًا بها وللمبتاع الرد لضرر الشركة قولان لابن حبيب وابن رُشْد عن بعضهم، وفي الأرض والخشبة والشقة تشترى على قدر يبين خلافه نقلا ابن رُشْد القولين في الدار، وله في قول سَحنون في نوازله: لو اشترى شقة على أن فيها سبعة أذرع فوجد فيها ثمانية أو خشبة، كذلك فالزيادة له.

ابن رُشْد: المعنى أن الشقة والخشبة غائبتان، واشتراهما على الصفة ولو حضرتا لم يجز بيعهما إلا بعد كيلهما؛ إذ لا مئونة فيه بخلاف الدار والصبرة لمؤنة ذلك فيهما.

قُلتُ: ظاهر الرواية الإطلاق ولا أعلم من قيدها بما ذكر غيره، وسمع عيسى ابن القاسم: من باع طعامًا وادعى هلاكه قبل كيله وكذبه مبتاعه وطلب ضمانه الكيل الذي ابتاع منه لزم غرم الكيل الذي ابتاعه منه، إلا أن تقوم بينة بهلاكه.

ابن رُشْد: ولا يجوز تصديقه إياه في هلاكه فيأخذ ثمنه؛ لأنه إذا كان مخيرًا في أخذه بمثل الكيل الذي ابتاعه أو ثمنه دخله بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن أخذ الثمن منه إقالة

وهي لا تجوز إلا بأجرة فتفسد للخيار وهو قائم من سلمها الثالث فيمن اشترى طعامًا بعينه كيلًا، فأتلفه بائعه فإنه يضمن مثله، ولا خيار له في أخذ ثمنه؛ لأن معنى المسألة أن التلف لم يعلم إلا بقوله.

قال أشهب: إنه بالخيار في ذلك وهو نحو بعض روايات سلمها الأول فيمن اشترى ثوبًا بطعام فتعدى رجل على الثوب فأحرقه ولم يعلم إلا بقوله: إن المسلم إليه بالخيار في أن يغرمه قيمته ويتم السلم بحاله أو يفسخه عنه ومثله في الموازيَّة فعليه يكون للمشتري أن يصدقه في دعوى تلفه ويأخذ ثمنه أو يغرمه مثله، وقيل: معنى ما تكلم عليه أشهب، ومسألة السلم الثالث إذا علم استهلاكه ومسألة السلم الأول لا وجه فيها للتأويل؛ لأنه خيره بين الأمرين مع نصه على أنه لم يعلم ذلك إلا بقوله، وفي هذا القول بعد لاحتمال أن المسلم استهلك الثوب فتجب عليه قيمته للمسلم إليه، فتكون الإقالة على القيمة فيدخله بيع الطعام قبل قبضه؛ فالصحيح وجوب غرم قيمته وبقاء السلم.

ولما ذكر المازري سماع عيسى قال: مقتضى قولها في السلم: أن يختلف على تلفه بأمر من الله وينفسخ بيعه.

قُلتُ: ففي لزوم غرمه مثله وتخيير مبتاعه.

ثالثها: يفسخ بيعه وإن حلف بائعه، لسماع عيسى ابن القاسم وأشهب والمازري عنها، وفي سلمها الثالث: إن ابتعت صبرة طعام جزافًا، فهلكت بعد العقد فهي منك، فقول ابن شاس: إتلاف المشتري قبض واضح فيما ليس فيه حق توفية بيع عليها وقوله مطلق: فيما بيع عليها وأتلفه قبلها وهو نقل اللخمي عن المذهب قال: إن أتلف طعامًا ابتاعه على الكيل قبل كيله، وعرف كيله فهو قبض له، وإن لم يعرف كيله؛ فالقدر الذي يقال: إنه كان فيها إن قيل: قفيز غرم ثمنه ومثله للمازري، فقول ابن الحاجب: إتلاف المشتري الطعام المجهول كيله يوجب القيمة لا المثل ولا ينفسخ على الأصح، وقبول ابن عبد السلام نقله إيجاب القيمة وهم وتعقبه عليه مقابل الأصح صواب.

وفيه إن هلكت بتعدي أحد تبعه المبتاع بقيمتها كان بائعًا أو غيره.

اللخمي: إن أتلفها بائعها فعليه قيمتها وله ثمنها، ولو كان حبسها بثمنها ففي كونها من مبتاعها أو منه روايتا محمد على الأولى كما لم تحبس إن أتلفها أجنبي غرم قيمتها وإن أتلفها بائعها فقيل يخير مبتاعها في إغرامه قيمتها أو فسخ بيعها ولابن القاسم لو قال قائل: يغرم قيمتها كأجنبي لم أعبه، وعلى الثانية إن تلفت بأمر من الله أو من أجنبي انفسخ بيعها، وعلى الأجنبي الأكثر من قيمتها أو ثمنها وإن أتلفها بائعها أو باعها انفسخ بيعها، في إغرام مبتاعها بائعها الأكثر من قيمتها أو ثمنها وإن أتلفها بائعها الفسخ ببيعها في إغرام مبتاعها بائعها الأكثر من قيمتها أو الثمن ومنعه قولان: على قولي أشهب وابن القاسم: لأنه بيع طعام قبل قبضه كاللبن في الضروع، والثمرة الغائبة، وفيه ولو ابتاعها على كل قفيز بدرهم فهلكت قبل المكيل بأمر من الله فهي من البائع وانتقض البيع وإن تلفت بتعدي البائع أو بيعه إياها فعليه مثلها تحريًا يوفيكها على الكيل لا خيار لك في أخذ ثمنك أو الطعام.

اللخمي: ولا إمضاء بيع البائع ولا أخذه بقيمته إن أكله أو وهبه؛ لأنه بيع له قبل قبضه.

ابن محرز: كتب سَحنون اسمه على هذه المسألة إنكارًا لها.

قال فضل: يحتمل كونه؛ لأنه رأى أن تبين استهلاكه ينفي تهمة المشتري ويثبت خياره كقول غير ابن القاسم فيمن ابتاع سلعة بمائة إلى أجل فتعدى بائعها ببيعها من غيره بثمانين نقدًا وفاتت، وقيمتها ثمانون، إن لمشتريها أخذ ما باعها به ويعطى الثمن الأول عند أجله ولا يتهمان لما كان العداء ظاهرًا، وكما قال ابن حبيب فيمن استهلك لرجل زرعًا بحريق ظاهر أنه يأخذ منه في القيمة طعامًا.

قُلتُ: ليس أصل غير ابن القاسم بحجة عليه، وكذا قول ابن حبيب ومسألة الغير تقدمت في الآجال.

وفيها: إن تلفت بتعدي أجنبي قبل كيلها قال: لم أسمع فيها شيئًا، وأرى للبائع عليه القيمة، ويشتري بها طعامًا للبائع ثم يكيله البائع للمشتري؛ لأنه لو عرف كيلها، غرمه المتعدي فلما لم يعرف كيله وأخذ مكان الطعام القيمة اشترى له طعامًا بها يأخذه المشتري، وليس ببيع للطعام قبل قبضه؛ لأن التعدي إنما وقع على البائع.

ونقل عياض منها ما نصه: قال للبائع القيمة على المستهلك وأرى أن يشتري للبائع منه طعامًا للبائع قال: كذا روايتنا هذا الحرف، في بعض النسخ يشتري بالقيمة طعامًا للبائع، وكذا جاء بعد هذا عند تكرير المسألة، وهو قوله: وأخذ مكان الطعام القيمة اشترى له طعامًا يعني البائع.

وفي بعض النسخ: اشتري على ما لم يسم، فاعله موافقًا لأول المسألة على روايتنا، على هذا اختصرها الشَّيخ ورأى من قال: البائع يشتري ذلك إنه لا يلزم المتعدي أكثر من القيمة، وقال بعضهم: الشراء على المتعدي وينقله إلى محل تعديه، والظالم أحق أن يحمل عليه.

وقال ابن أبي زَمَنَيْن: لم يبين في المسألة من يشتري، ولفظ الكتاب يدل على أنه البائع زاد عبد الحق عنه ومن الدليل عليه قول أشهب: إنه يفسخ بيعها وإنما ذلك؛ لأن البائع لو كلف بشراء الطعام كان ظلمًا.

عبد الحق: انظر ما تأول به قول أشهب بأن ما في الموازيَّة عنه يفسخ إلا أن يقر المستهلك بقدر كيفها فيخير البائع في إغرامه ما أقر به من الكيل بعد أن يحلفه أو القيمة فيكون المشتري بالخيار في أخذ الكيل المقر به والقيمة يشترى له بها طعام؛ بل كان يقول: لا يأخذ القيمة ويفسخ البيع فانظر، زاد ابن محرز.

قال محمد: ولأشهب مثل قول ابن القاسم وهو أحب إليَّ، قال فضل: القياس فسخه وتكون القيمة للبائع لأن عين الطعام المبيع قد ذهب.

قال عبد الحق وابن محرز: لو حال سوق الطعام فصار المشترى بالقيمة أكثر من عدد الكيل الذي اشتراه أو أنقص فالزائد للبائع والنقص كما في الاستحقاق.

التونسي: إن قيل: هذا سببه من غير البائع؛ قيل: هذا معتبر كموت الأرفع من الجاريتين وانهدام الأرفع من الدارين في اكترائهما قال: ولو لم يوجد للمتعدي لكان للمبتاع المحاكمة في فسخ البيع عنه؛ لضرره بتأخره لوجود المتعدي.

المازري: وكذا لو كان المتعدي معسرًا؛ لكان للمبتاع الفسخ أو التأخير كعيب وجده ولو تطوع البائع بما لزم المتعدي ارتفع خيار المشتري.

ابن محرز: قالوا: إنما ضمن البائع مثل الطعام وهو غير مكيل بخلاف الأجنبي

لأن الغلط في حزرها بزيادة أو نقصان لا يضره؛ لأنه يأخذ الثمن بقدر ذلك.

الصقلي عن بعض القرويين: كان الأصل القضاء بقيمة الصبرة فيهما؛ لأن قيمتها أضعف من قدرها، ولما استهلكها بائعها اتهم على أنه عرف كيلها واستهلكها؛ ليغرم قيمتها، وقد حال سوقها فيشتري بالقيمة أقل من قدرها فألزم أشد الأمرين، وهو المثل وهذه العلة منتفية عن الأجنبي.

الصقلي: بل الأصل غرم المثل فيهما لأن القيمة لا تعرف إلا بعد تقدير مثلها ليقوم فأغرم البائع ذلك بخلاف الأجنبي خوف أن يكون المثل أكثر أو أقل فيدخله التفاضل في الطعامين، والبائع ضمان الطعام منه فلا تفاضل، وأما احتجاجه بأنه لزم البائع أشد الأمرين لتعديه فقد تكون الأسواق حالت بزيادة فيشتري بأقل من القيمة فيربح.

قُلتُ: وينقض تعليل الصقلي بما لو كانت الصبرة من غير طعام إلا أن يجاب بالمزابنة، وحكم ضمان المبيع على خيار تقدم في الخيار.

قال ابن عبد السلام: هنا إن قامت بينة بهلاك الثوب بغير سبب المشتري دون تفريط منه لم يضمنه وانظر هل يدخله خلاف، أشهب في الرهن والعارية.

قُلتُ: تقدم في الخيار نقله اللخمي والمازري عن أشهب، وتقدم حكم هلاكه بيد أحدهما والخيار للآخر فانظره.

وسمع ابن القاسم: من اشترى ثوبي رجلين في صفقتين بالخيار فيهما فاختلطا عنده ولم يعرف ثوب هذا من ثوب الآخر، وينكر أحدهما أو كلاهما لزماه بالثمن إلا أن يعرف ثوب كل منهما فيحلف ويرده أو يعرفه غيره.

ابن رُشْد: قوله: وينكر أحدهما يريد بقول أحدهما ليس ثوبي واحد منهما، ويدعي الآخر أحدهما، ومعنى قوله: أو كلاهما، قول كل منهما ليس ثوبي واحد منهما فعليه أجاب بقوله: يلزمانه بالثمن يريد: بعد حلف كل منهما أن ليس ثوبه أحد الثوبين، فإن نكلا حلف أن الثوبين هما اللذان أخذ منهما وأنه لا يعرف عين ثوب كل منهما، وكان الثوبان بينهما بقدر أثمانهما، وإن حلف أحدهما فقط دفع له ثمن ثوبه، وحلف أن هذين الثوبين هما اللذان أخذ منهما وليس للناكل إلا أخذ أيهما شاء، وإن قال ذلك أحدهما، وادعى الآخر أحدهما فلم يجب في السماع عن ذلك، وجوابه: غرمه الذي أنكر ثمن

ثوبه ويأخذ مدعي أحد الثوبين الثوب الذي ادعاه ولا يمين على واحد منهما، وإن قال كل منهما: لا أدري أيهما ثوبي لأنك خلطتهما، حلف كل منهما على دعواه وأخذ منه ثمن ثوبه، وإن قال أحدهما هذا ثوبي لأحدهما، وقال الآخر: لا أدري أيهما ثوبي أخذ الذي ميز ثوبه ثوبه، وحلف الآخر على قوله وأخذ ثمنه، وسمع يحيي ابن القاسم من اشترى ثوبي رجلين في صفقتين أحدهما بعشرة والآخر بخمسة بالخيار فيهما فردهما وقد خلطهما فتداعيا أجودهما إن عين لكل منهما ثوبه حلف وبرئ وإن قال: لا أدري عين ثوب كل منهما، إلا أن ثوب هذا بعشرة وثوب الآخر بخمسة ضمنهما بخمسة عشر يدفع لمن شاء منهما الأجود وأعطي الآخر ثمن الثوب الذي أقر به فإن أعطي الأجود من زعم أن ثمن ثوبه عشرة دفع للآخر خمسة وبرئ وإن جهل تعيين ثمن كل منهما غرم لكل منهما عشرة.

ابن رُشْد: إن عين لكل ثوبه ونكل حلف كل منهما وأغرمه ما دفع إليه به ثوبه، وقوله إن علم ثمن كل منهما أعطى الأجود من شاء منهما وأعطى الآخر ما أقر أنه دفع به إليه ثوبه بعد يمينه إن كان أقل الثمنين، فإن نكل عن اليمين؛ حلف هذا البائع وأخذ منه أكثر الثمنين.

وقوله: إن جهل تعيين ثمن كل منهما غرم لكل منهما عشرة، ولم يقل: إن له أن يعطي أجودهما من شاء من بائعهما كما قال في التي قبلها، ولا فرق بينهما وله ذلك فيهما معًا؛ إذ لا حجة لواحد منهما عليه في ذلك.

ولابن كنانة: إن تداعيا أحدهما وجهل هو لمن هو منهما حلفا على الثوب الذي تداعياه واقتساه بينهما، فإن نكل أحدهما اختص به الحالف وأبرأه من الثوب الآخر فليذهب به حتى يطلباه على وجهه.

وفي نوازل سَحنون في كتاب القراض: فيمن أخذ من رجلين قراضين اشترى بمال كل منهما سلعة في إحداهما ربح وفي الأخرى وضيعة، فتداعا صاحبا المال ذات الربح وجهل للعامل بمال هي منهما لا ضمان عليه لها، والسلعة التي، وهذا نحو قول ابن كنانة وفي سماع أبي زيد من الكتاب المذكور: أن لهما أن يضمناه أموالها ويتركا له السلعتين وإلا أخذاهما فتباعان، ولكل واحد رأس ماله وللعامل ربحه وهذا على أصله في هذه المسألة.

[باب بيع الاختيار]

وبيع الاختيار: قسيما من البيع الخيار وهو: بيع بت في بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه وبيع الاختيار قسما من بيع بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه وبته وتقدم حكمه في فصل بيعتين في بيعة[1].

اللخمي: من أخذ ثوبين ليختار أحدهما أو يردهما فادعى تلفهما ففي ضمانه أحدهما بالثمن أو كليهما بالقيمة والأقل منها ومن الثمن.

ثالثها: إن تطوع البائع بدفعهما، وإن سأله المشتري أخذهما ليختار، ضمنهما لابن

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﵀: ما معناه يطلق على معينين على نوع هو قسيم لبيع الخيار وعلى نوع هو قسم من بيع الخيار فالأول حده (بيع بت في بعض عدد من نوع واحد على خيار المبتاع في تعيينه)، وأما بيع الاختيار الذي هو قسم من بيع الخيار فحده بقوله: (بيع بعض عدد من نوع على خيار المبتاع في تعيينه وبته) فحصل من رسم الشَّيخ ﵀ لهذين النوعين معرفة رسم ما يعمهما فيقال بيع الاختيار الأعم منهما بيع في بعض عدد من نوع واحد على خيار المشتري في تعيينه وذلك شامل لهما بتا وخيارا وقد قدم الشَّيخ أول البيوع أن بيع الخيار قسيمه بيع البت وأما بيع الاختيار فيطلق كما ذكر على معنيين معنى ينافي به بيع الخيار ومعنى يصدق عليه فيه بيع الخيار فقال في الأول: بيع بت فقوله بيع بت أخرج بالبت بيع الخيار قوله: (في بعض عدد من نوع واحد) أخرج به البيع في كل العدد قوله: (على خيار المشتري) أخرج به خيار البائع في تعيينه وبته قول الشَّيخ في حد بيع الاختيار القسم من بيع الخيار: (بيع بعض عدد) هو أعم من البت قوله: (على خيار المشتري) احترز به من خيار البائع قوله: (في تعيينه وبته) أخرج به بيع الاختيار القسيم لبيع الخيار فصار على هذا بيع الخيار ينقسم إلى قسمين خيار ليس فيه اختيار كما إذا باع سلعة على خيار المشتري وخيار فيه اختيار كما إذا باع أحد سلعتين على تعيين خيار للمشتري وعلى خيار بته فإذا اختار واحدة انعقد البيع ولزم البائع ذلك وإذا رد ولم يختر لم ينعقد بيع بينهما وبيع الاختيار القسيم إذا اختار وعين لزم التعيين فقط وإذا لم يختر لا يقع فسخ وبنوا على ذلك إذا ضاع واحد من المبيع في الاختيار القسيم فإن المشتري يضمن أحد الثوبين بالثمن وعلى الاختيار الذي هو قسم يلزمه نصف ثمن التالف وله رد الباقي لضرر الشركة وقيل يلزمه نصف ثمنهما وهما بينهما قال الشَّيخ اللخمي ﵀: لو أخذ ثوبين يختار أحدهما أو يردهما فادعى تلفهما فقيل: يضمن أحدهما بالثمن وأشهب يضمنهما معًا وهذا قول ابن القاسم وحصل فيها أربعة أقوال وقول ابن القاسم هو الذي في المدَوَّنة ونظير ذلك من كان يسأل رجلاً دينارًا فأعطاه ثلاثة دنانير يختار فيها أحدها فزعم أنه تلف دينار وهنا أبحاث تخرج عن المقصد في المسائل الفقهية فطالع دقائقه ورقائقه في هذا الفصل وتحصيله رحمه الله ورضي عنه.

القاسم وأشهب، ومحمد عن ابن القاسم.

ورابعها: لابن حبيب في قبض أربعة لذلك يضمن كل واحد منها بالمسمى، وهذا قول أصحاب مالك؛ لأنه بالخيار في كل منها وقول أشهب أحسن.

قُلتُ: الأول قولها: قال كالذي يسأل رجلًا دينارًا فيعطيه ثلاثة ليختار أحدهما فيزعم أنه تلف منها دينار فإنه يكون شريكًا، ولو ادعى ضياع أحد الثوبين ففيها يضمن نصفًا من التالف، وله أخذ الثاني أورده.

وقال محمد: ليس له إلا أخذ نصفه؛ لأنه لم يبعه ثوبًا، ونصفًا.

اللخمي: قول أشهب أحسن له رد الباقي، ويغرم في التالف الأقل أو حبسه بالثمن وفي التالف القيمة ما بلغت واستشكل قولها يضمن نصف التالف على أصلها أنه ضمان تهمة لاستحالة تهمته في نصفه فقط، فإن اعتبرت تهمته ضمن جميعه وإلا لم يضمن، ويرد بأن شرط إيجاب تهمته ضمانه كونها في مشتراه له، ومشتراه أحدهما مبهمًا ففض عليهما فكان مشتراه نصف كل منهما فصار كثوبين أحدهما مشترى بخيار، والآخر وديعة، ادعى تلفهما وإن أخذهما على لزوم أحدهما والخيار في تعيينه، فقال اللخمي: هو على أقوال الأربعة – إن لم تقم بالهلاك بينة ولو قامت به بينة فعلى قول ابن القاسم فكما لم تقم، وعلى أصل أشهب يضمنهما كالرهن والعارية، ويتخرج نفي ضمانهما، وأرى ضمانهما مع عدم البينة، ونفيه معها؛ لأنه قبضهما على أنهما على ملك البائع حتى يعين ما اشتراه منهما.

الشَّيخ عن ابن حبيب: تفرقة ابن القاسم بقوله: يضمن الثوبين معًا في قول المشتري أحدهما بالخيار دون إيجاب، وقوله يضمن أحدهما فقط في قوله: أحدهما على واحد بخياره غلط، وسواء أخذهما على لزوم واحد يختاره منهما أو على أنه فيه بالخيار إلا في ضياع واحد منهما يلزمه أخذ واحد من الباقي يختاره ولا يكون شريكًا به فيما بقى، وفي الثانية هو فيه بالخيار ويضمن التالف فيهما، ولا تشبهها مسألة الدنانير لأن الدنانير فيها أمانة بينة، وفي البيع كلها على الضمان لأنه مخير في كل منهما، ورده الصقلي بقوله: والدنانير أيضًا هو فيها مخير فلو فهم قول ابن القاسم، ما فرق وإن تجاهله وتغليطه لابن القاسم لقبيح.

قُلتُ: الأظهر قول ابن حبيب، لأن معنى تفرقته: أن التخيير في البيع مقارن لعقده وهو مبني على المكايسة فضعف فيه تأمينه بخلاف مجرد الاقتصار، ولهذا المعنى فرق محمد بين طوع البائع ابتداء يدفعهما وبين سؤال المبتاع ذلك.

قال اللخمي: ولو ضاع أحدهما في بيعهما على لزوم أحدهما، فقال محمد: هما بينهما وعليه نصف ثمنهما.

وفي العتبيَّة: يلزمه نصف ثمن التالف، وله رد الباقي لضرر الشركة.

ولمحمد: إن كانا عبدين فالهالك من البائع ويرد الباقي على المشتري.

وفي كتاب ابن سَحنون: له رد الباقي، وقاله أشهب وابن عبد الحكم، وجه القول بأنه لا يضمن التالف أن لزوم البيع في أحدهما موقوف على تعيينه المبتاع وليس القصد لزوم نصف كل منهما، ولو قال: أحد عبديه حر فمات أحدهما أو قتل ففي لزوم حرية الباقي بنفس فوت التالف ووقفهما على اختيار ربه عتقه قولا، سَحنون، فعلى الثاني له رد الباقي في البيع، وهو أحسن.

قُلتُ: ظاهر هذا التوجيه عموم نفي الضمان فيما يغاب عليه خلاف مفهوم قول محمد، وما عزاه للعتبية هو سماع ابن القاسم لفظه إن قال: لم أكن اخترت شيئًا اتهم، ولم يصدق، وغرم نصف التالف؛ لأنه لو هلكا معًا.

وقال: لم اختر، لم يصدق وضمن نصف كل منهما؛ لأنه كان أمينًا في نصف كل منهما.

ابن رُشْد: هذا وهم منه؛ لأنه إنما يضمن الواحد إذا تلفا معًا ونصف التالف إذا تلف أحدهما على قوله؛ لأنه أخذ أحدهما على الشراء والضمان والآخر على الأمانة، فلا معنى للتهمة وذهب وهله لمسألة من اشترى أحدهما ليختار وهو فيه بالخيار، وسَحنون يقول: فيما تلف في أحدهما ليختار أحدهما، وقد لزمه إن قامت عليه بينة على التلف فالمصيبة من البائع كالمشتري بخيار، لأنه جعل ذلك كمن اشترى شيئًا على الكيل وتلف قبله يقوم ذلك من قوله في المدَوَّنة، ومعناه: أن التلف لم يعلم إلا بقوله في مسألة الذي أخذ ثلاثة دنانير ليقتضي واحدًا منها، ويرد الباقيين فتلف أحدهما، أنهما شريكان، وسواء على قول ابن القاسم وروايته قامت على تلف الدنانير بينة أو لم تقم.

قُلتُ: قال عبد الحق: قال غير واحد من شُيُوخنا: ما وقع في مسألة الدنانير ومعناه: إن تلفها لا يعلم إلا بقوله هذا ليس بصحيح على ما قيدنا في مسألة الثياب إذا كان بأحدهما على الإيجاب وسواء علم تلف الدنانير أو لم يعلم، إلا بقوله، زاد الصقلي: وقاله أبو موسى بن مناس وغيره من القرويين وأسقط الشَّيخ وغيره قوله، ومعناه: أن تلف الدنانير لا يعلم إلا بقوله وهو الصواب.

قُلتُ: الأظهر ما قاله سَحنون في الدنانير؛ لأنه لا يلزم من لزوم الضمان في مسألة الثياب مع قيام البينة لزومه في الدنانير مع قيام البينة فإن أحد الثوبين وجب للمشتري بالعقد والمترقب باختياره تعيينه لا لزومه من حيث كونه أحدهما والدنانير لم يجب له أحدهما من حيث هو أحدهما بمجرد قبضها لتوقف ما يجب له منها على كونه وازنًا وهذا يرد ما خرجه ابن رُشْد في الثياب لسَحنون من قوله ذلك في الدنانير، وقوله: إنه جعله كالكيل بمجرد دعوى يكفي في ردها منعها.

الشَّيخ والمازري عن ابن حبيب: إنما يصح قول مالك، إن كثرت الدنانير بحيث يعلم أن فيها وازنًا وإلا حلف القابض ما علم أن فيها وازنًا ولا ضمان عليه، وقاله من كاشفت من أصحاب مالك، ولابن القاسم في الموازيَّة من اقتضى عشرة دنانير من دينه فأعطاه دنانير ليزنها ويستوفي حقه منها ويرد ما زاد، وإن نقصت عن حقه عاد إليه ليوفيه إنها مضمونة؛ لأنها لا تنفك أن تكون قضاء أو كرهن بحقه.

قُلتُ: في حاصل هذا الضمان إجمال لاختلاف ضماني الاقتضاء والرهن ويجب كونه كالرهن لتحققه.

المازري: أشار أَصْبَغ إلى أنها قضاء ما كانت لا ترجع ليد صاحبها قال: وقال ابن القاسم: من حلف ليقضين فلانًا حقه إلى أجل معين فدفع إليه عند حلوله، دنانير على مثل الصفة أنه حانث إن لم يدفعها له على وجه القضاء.

قُلتُ: زاد في النوادر: لأن هذا رهن وقول المازري: أشار أَصْبَغ إلى آخره لم أجده في النوادر؛ بل فيها قال أَصْبَغ: إن كان عليه ثلاثة دنانير قائمة فدفع إليه ثلاثة، وقال له: زنها، ما وجدت من قائم خذه إن ضاعت قبل أن يعرف فيها قائم فهي من الدافع.

التونسي: إن قال: كنت اخترت هذا الباقي ثم ضاع الآخر، ففي الموازيَّة: يحلف

ويصدق وفي ذلك نظر اللخمي: اختلف هل يقبل قوله.

قُلتُ: سمع عيسى ابن القاسم إن قال: كنت اخترت هذا الباقي حلف على ما قال وسقط ضمان التالف؛ لأنه كان أمينًا.

ابن رُشْد: هذا كقوله وروايته فيمن ملك امرأته فتقول قضيت ما ملكني وناكرها، إن القول قولها خلاف قول أشهب ومن هذا المعنى تصديق المأمور فيما أمره به من إخلاء ذمته أو تعمير ذمة الآمر.

قول أشهب: إنه لا يصدق على أصله في المملكة، واختلف قول ابن القاسم في ذلك فقوله في المملكة، وفي هذه المسألة على أحد قوليه في هذا الأصل منها قوله في مسألة كله في غرائرك أو ناحية بيتك، فقال: فعلت، وضاع إنه لا يصدق، وقال فيمن قال لمدينه: ابتع لي لمالي عليك سلعًا، فقال: فعلت، وتلفت، أنه يصدق مثل قوله في مسألة اللؤلؤ في كتاب الوكالات، ومثل قوله في مسألة البنيان آخر كتاب الرواحل خلاف قول أشهب فيهما.

اللخمي: إن أخذ الثوبين على أنه بالخيار في أن يمسك أو يرد واحدًا والآخر لازم فضاعا ضمنهما اتفاقًا إلا أن تقوم بينة بالتلف قال: ويختلف إن قامت بينة بتلفهما، فقول ابن القاسم: يسقط ضمان أحدهما عنه، وعلى قول أشهب يضمنهما، وعلى القول الآخر لا شيء عليه فيهما يسقط ضمان أحدهما؛ لأن له رده والآخر؛ لأنه على ملك ربه إذا حلف ما كان اختار منهما شيئًا حتى ضاعا، وإن ضاع أحدهما ضمنه إلا أن تقوم بتلفه بينة فيسقط ضمان نصفه عند ابن القاسم، ويلزمه نصف الباقي، ويكون بالخيار في نصف الباقي، له أخذه فيعطي كل الثمن ويرده، ويغرم نصف الثمن، وعلى القول الآخر له رد جميعه نصفه لأنه كان فيه بالخيار، ونصفه بعيب الشركة، وعلى أحد قولي سَحنون لا شيء عليه في التالف؛ لأنه ضاع، وهو على ملك بائعه، وفوت مدة تعيين المشتري اختيارًا، يرفع حق مشتريه في تعيينه إياه وتجب شركته به في جملة ما هو منه.

الصقلي: عن بعض الفقهاء في شراء أحدهما اختيارًا أو خيارًا، إن بعد مضي أمد خياره، فلا خيار له، ولزمه نصف كل منهما في الاختيار لا الخيار.

التونسي: وكذا يلزمه نصفهما لحدوث عيب في أحدهما ولو في مدة الخيار.

وفيها: إن ادعى على مبتاع ثوبين بالخيار ضياع أحدهما لزمه بالثمن.

الصقلي عن بعض القرويين: إن كان الهالك وجه الصفقة؛ لزماه كضياع الجميع، ويحمل على أنه غيبه، ولم يقيده اللخمي بذلك، وزاد: وعلى قول أشهب: له رد الباقي ويغرم قيمة التالف أو يمسك ويغرم ثمنهما وهو أبين وقبل المازري تقييد بعض القرويين.

قُلتُ: هو الجاري على قولها في مشتري عبد بثوبين يطلع على عيب به.

الصقلي عن ابن حبيب: وضمانه تلف أحدهما بحصته من الثمن ولو كان سمى لكل منهما ثمنًا على أن يأخذهما أو أحدهما فضاع أحدهما ضمنه بما سمى له، وله أخذ الباقي أورده، والجناية على المبيع بخيار تقدمت في الخيار.

وبيع ما ملك قبل قبضه جائز إلا الطعام غير جزاف بعوض غير قرض، والمشهور بيع الجزاف قبل قبضه مطلقًا جائز وهو نصها.

الباجي: في المبسوط روى ابن القاسم لا بأس ببيعه قبل قبضه بثمن نقدًا أو مؤجلًا كبيع ما اشترى من تمر في رؤوس النخل قبل جده.

وروى الوقار: لا يجوز بيعه قبل قبضه.

روى ابن نافع: يكره بيعه بنظرة قبل نقله لقول ابن عمر: بعث لنا النبي ﷺ لا تبعه في مكانه حتى تنقله لمكان سواه[1].

قال مالك: تفسيره أن تبيعه بالدين ابن القاسم: كان يستحب ذلك، ولا يراه حرامًا وإن وقع؛ جاز.

القاضي: استحبه مالك؛ ليخرج من الخلاف.

قُلتُ: ففي جواز بيعه قبل قبضه ومنعه، ثالثها: يستحب كونه بعد نقله إن بيع بدين ورابعها: مطلقًا للمشهور معها وروايات الوقار وابن نافع والقاضي، وروى مسلم بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله[2].

---

(1) أخرجه مسلم: 3/1160، رقم(1527) في كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(2) أخرجه مسلم: 3/1159، رقم (1528) في البيوع: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

وعن ابن عمر: أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعامًا جزافًا أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه[1]؛ فالمنع أظهر لوجوب تقديم النص على المفهوم وتبع ابن عبد السلام عبد الحق في ذكره حديث أبي داود عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ **«نهى أن يبيع أحد طعامًا اشتراه بكيل حتى يستوفيه»**[2].

وقال فيه ابن القطان، في باب برنامجه ما نصه: سكت عنه وهو لا يصح وقال قبل ذلك إنما هو من رواية عمرو بن الحارث[3] عن المنذر بن عتيك عن القاسم بن محمد عن ابن عمر؛ والمنذر هذا مدني لا تعرف حاله.

قال أبو حاتم: روى عنه ابن لهيعة وعمرو بن الحارث وأبو معشر: ولم يعرف من حاله شيء فهي عنده مجهولة.

قُلتُ: عبر عنه المزي أنه مدني، وذكر من روى عنه مثل نقل ابن القطان وقال فيه: وثق، فظاهره أنه غير مجهول.

التونسي: اختلف فيما بيع من الطعام جزافًا مما لا يضمنه المبتاع بالعقد كلبن الغنم إذا اشترى شهرًا أو ثمر غائب بصفة فمنع ابن القاسم بيعه قبل قبضه، وأجازه أشهب.

---

(1) أخرجه البخاري: 2/ 751، رقم(2030) في كتاب البيوع باب من رأى إذا اشترى طعامًا جزافًا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله والأدب في ذلك، ومسلم واللفظ له: 3/1160 رقم (1527) في كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(2) أخرجه البخاري: 4/288 في البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي، وباب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض، وباب من رأى إذا اشترى طعامًا جزافًا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، وفي المحاربين، باب كم التعزير والأدب، ومسلم رقم (1526) و(1527) في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ومالك: 2/640 و641 في البيوع باب العينة وما شابهها.

(3) هو: العلامة، الحافظ، الثبت، عمرو بن الحارث بن يعقوب بن عبد الله الأنصاري، المدني الأصل، عالم الديار المصرية، ومفتيها، روى عن ابن أبي مليكة، وعمرو بن شعيب، حدث عنه شُيُوخه: قتادة، وبكير بن عبد الله بن الأشج، برع في العلم، واشتهر اسمه، ولد: بعد التسعين، ومات سنة ثمان وأربعين ومائة.

وانظر ترجمته في: في سير أعلام النبلاء: 6/349-353، والأعلام للزركلي: 5/76.

اللخمي: في الموازيَّة من ابتاع ثمر حائط غائب لم يره لم يجز أن يبيعه حتى يراه؛ لأنه في ضمان البائع يريد إن كانت يابسة؛ لأنه لا يسقط الضمان، وإن رضيه إلا فيما كان يابسًا، والمنع أحسن لعموم الحديث، وقد قال مالك في حديث النهي عن ربح ما لم يضمن[1]: إن ذلك في الطعام، فبأي وجه كان في ضمان بائعه منع من بيعه ويختلف على هذا في الصبرة تحبس في الثمن على أن المصيبة من البائع.

قُلتُ: في قوله لا يسقط الضمان وإن رضيه إلا فيما كان يابسًا نظر؛ بل ظاهر المذهب أنها في ضمانه بمجرد رؤيته ورضاه قبل يبسها كاشترائها حاضرة، وضمان الجوائح في هذا الباب غير معتبر؛ ولذا لم يقيده التونسي وهو ظاهر قول الباجي؛ لأنه لما ذكر قول ابن القاسم وأشهب في مسألة اللبن قال: وجه قول أشهب أنه لم يبق على البائع حق توفية فيه كالثمرة في رؤوس النخل، والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة أنها ليست في ضمان البائع على الإطلاق؛ وإنما هي في ضمانه على وجه مخصوص مختلف فيه.

قُلتُ: فظاهره جواز بيع الثمرة لا بقيد اليبس وهو دليل سماع ابن القاسم لا بأس بثمن اشترى نصف ثمرة بعد بدو صلاحها أن يبيعها قبل أن يجدها.

ابن القاسم: وكان يقول قديمًا ليس له بيعها حتى يستوفيها.

ابن رُشْد: وجه قوله بالمنع إنه لما كان لا يقدر أن يبين بحظه إلا بالقسمة بالكيل فيما يكال أو الوزن فيما يوزن أو العد فيما يعد أشبه المشتري من الطعام على ذلك والقول الآخر هو مقتضى القياس؛ لأن حظه داخل في ضمانه بالعقد كدخول جميعها بعقد الشراء وإن لم يستوفها إلا ما فيه من حكم الجائحة.

قُلتُ: فهذا نص من ابن رُشْد على لغو اعتبار اليبس وهو ظاهر السماع.

---

(1) أخرجه النسائي: 7/ 288 و295 في البيوع، باب سلف وبيع، وباب شرطان في بيع، وباب بيع ما ليس عند البائع، والترمذي رقم (1234) في البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، وأبو داود رقم (3405) في الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، وابن ماجه رقم (2188) في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك.

وقال ابن حارث: اتفقوا فيمن اشترى ثمر حائط بعد زهوه إنه يجوز له بيعه قبل جده، ومن باع تمرًا، واستثنى منه كيلًا يجوز له، ففي جواز بيعه قبل قبضه سماع ابن القاسم.

ونقل ابن رُشْد رواية ابن وَهْب قال: بناء على أن المستثنى مبقى أو مشترى، وسمع ابن القاسم: من اشترى بدينار قمحًا فاكتال نصفه، ثم سأله أن يعطيه بالنصف الثاني زيتًا أو عدسًا لا خير فيه.

ابن القاسم: لأنه بيع الطعام قبل قبضه.

قال مالك وإن أخذ مثل كيله شعيرًا جاز، وفي سلمها الثالث: كلما أكريت به أو صالحت به من دم عمد أو خالعت به من طعام بعينه أو مضمون على كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه.

الصقلي عن الواضحة: ما ارتزقه القضاة والكتاب والمؤذنون وصاحب السوق من طعام لا يباع قبل قبضه.

زاد ابن رُشْد: والجند؛ لأنها أجرة لهم على عملهم بخلاف ما كان وقفًا وصلة على غير عمل أو على أنه مخير إن شاء عمل أو ترك، ويجوز بيع الأرزاق والعطاء السنة والسنتين إن كانت دارة مأمونة، فإن حبست انفسخ البيع وللمبتاع رأس ماله، ولا يجوز بيع أصل العطاء؛ لأنه يبطل بموته قاله أشهب وابن وَهْب، وجماعة من فقهاء التابعين، ولم يذكر مشاهير المؤلفين في منع رزق القضاة ومن ذكر معهم خلافًا.

وقال ابن بشير: ما يأخذه المستحقون من بيوت الأموال من طعام في جواز بيعه قبل قبضه قولان: جوازه؛ لأنه عن فعل غير معين فأشبه العطية والمعروف في طعام الخلع ما تقدم وأظن فيه قولًا كالعطية ولا أتحققه الآن وطعام النكاح كالبيع اتفاقًا. وفيها لمن كاتب عبده بطعام موصوف بيعه منه قبل محله بعرض أو عين إلى أجل لا من أجنبي في قول مالك؛ لأنه يجوز له بيع خدمة مدبره منه لا من أجنبي، والكتابة للسيد ليست بدين ثابت؛ لأنه لا يحاصص به غرماء مكاتبه.

سَحنون: إنما يجوز إذا تعجل المكاتب عتق نفسه هذا لفظ المدَوَّنة عندي، وللصقلي مع التهذيب عنها: وإما أن يبيع من المكاتب نجمًا مما عليه من الطعام؛ فلا

يجوز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، إنما يجوز أن يبيعه جميع ما عليه فيعتق.

قال سَحنون: إنما يجوز إذا تعجل المكاتب عتق نفسه.

اللخمي: لا فرق بين المكاتب والأجنبي إن كانت دينًا فلا يجوز في المكاتب وإلا جاز من الأجنبي وقد منع سَحنون فسخ الكتابة في غيرها إن لم يتعجل العتق فكذا بيع الطعام، وأرى جوازه من المكاتب والأجنبي إن كانت قدر خراجه؛ لأنها غلة، وإن كانت أكثر بأمر بين أو كان إنما ينالها بها يستعين من الناس؛ لم يجز؛ لأنه ثمن للرقبة.

الصقلي: عن ابن حبيب: لا يجوز من أجنبي إلا أن يكون يسيرًا تافهًا.

وقيل: يجوز من المكاتب مطلقًا، وإن لم يعجل عتقه؛ لأنها ليست بدين ثابت، في الصلاة الثاني منها: احتجاج ابن القاسم بالذمي الذي ابتاع طعامًا على كيل فباعه من مسلم قبل كيله قال: بيعه غير جائز هذا لفظ المدَوَّنة والتهذيب ونقلها اللخمي قال مالك: لا أحب لمسلم شراءه قبل قبضه فلم يره محرمًا؛ لأنهم غير مخاطبين وبلفظ لا أحب وقعت في السلم الثالث في المدَوَّنة والتهذيب ونقلها المازري من كتاب الصلاة بلفظ منع شرائه قبل قبضه، وقال: رأى النصراني مخاطبًا بالنهي كالمسلم بناء على أنهم مخاطبون بالفروع.

قُلتُ: فحمل اللخمي المدَوَّنة على الكراهة، وحملها المازري على المنع، قال: وعورض هذا ببيع أم ولده عليه إذا أسلمت مع كونه مخاطبًا بأن لا يبيع أم ولده على هذه الطريقة ويعتذر بأن بقاءها في ملكه محرم أيضًا. وفي كون المنع معللًا بالعينة أو تعبدًا، نقل القاضي مع أبي الفرج والبغداديين.

ونقل اللخمي قائلًا: وهو أحسن، إن علل بالعينة جاز بيعه من بائعه بأقل ومن غيره وبأكثر وكان العرض كالطعام.

الباجي: قال عبد العزيز بن أبي سلمة ويحيي بن سعيد وربيعة: كل مكيل أو موزون أو معدود وإن كان غير مطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه واختاره ابن حبيب، المازري عن أبي الفرج: لو سلم بيع الطعام من العينة، وبيع بنقد جاز بيعه قبل قبضه وهذا يشير إلى قريب من قول عثمان البتي بجواز بيع كل شيء قبل قبضه.

قُلتُ: ففي منع بيع المكيل وأخويه قبل قبضه وجوازه في غير الطعام يباع بثمن

مؤجل، ثالثها: في الطعام مطلقًا، لابن حبيب وأبي الفرج والمشهور.

الصقلي: في الموازيَّة من قبض ثمن طعام باعه قبل قبضه وفات به مشتريه أخذ منه واشتري به للغائب طعام إن قصر عنه فالباقي دين عليه وإن كان أكثر وقف له.

اللخمي: ورأى أن البائع الأول بريء بذلك الكيل، والتعدي في البيع إنما هو من البائع الثاني، واستحسن في السليمانية إذا اشترى الطعام أن يعاد إلى يد الأول حتى يوصله إلى من اشتراه منه.

وفيها: من ابتاع طعامًا فلا يواعد أحدًا على بيعه قبل قبضه.

اللخمي: المواعدة فيه كالصرف، وقد اختلف فيها. فيه ابن رُشْد فتكون فيه ثلاثة أقوال، وليس كما قال: والفرق أنها في الصرف إنما يتخيل فيها وجود عقد فيه تأخير وهي في الطعام قبل قبضه كالمواعدة على النكاح في العدة، وإنما منعت فيهما؛ لأن إبرام العقد محرم فيهما: فجعلت المواعدة حريمًا له وليس إبرام العقد في الصرف بمحرم، فتجعل المواعدة حريمًا له، وقد ذكر هذا الفرق لمن يسمى بالفقه فلم يفهمه وهو ظاهر والله أعلم. والتعريض على بيع الطعام قبل قبضه كالتعريض في نكاح المعتدة.

وفيها: لا تبع طعامًا تنوي أن يقضيه من هذا الطعام الذي اشترى كان بعينه أو بغير عينه.

الصقلي عن سَحنون: هذه مسألة ابن المسيب والعجب منهم كيف كرهوها وفي الفقه لا تضر.

اللخمي: إذا عقد بيعًا على طعام في ذمة ونيته أن يقضيه من ذلك الطعام فلا أثر لهذه النية، وقد أجيز التعريض في النكاح فكيف بما يضمر؟ وقيل: المعنى لا يبيع طعامًا ينوي أنه يقضيه من طعام عليه، وهذا أبعد؛ لأنه يستحيل صرف النيَّة فيه إذا طلب بطعام عليه وليس عنده وقرر عبد الحق لفظها بقوله: يريد كان الطعام معينًا قد اشتراه ولم يقبضه أو كان سلمًا له عند رجل ولم يقبضه كأنه باع طعامًا على صفة الطعام الذي ذكرنا ونيته أن يقضيه منه فجعله كأنه باع ذلك الطعام قبل قبضه بهذه النية.

وفي **المجموعة** عن أشهب في قول سعيد: إن كان لك قبل رجل طعام من بيع، ثم بعت أنت طعامًا صار في ذمتك ونويت أن تقضيه من الطعام الذي لك من بيع نهيت

عن ذلك لا تضره النية، ولا بأس أن يقضيه منه ما لم يشترط ذلك كما لو نوى أن يشتري طعامًا يوفيه منه أو مما لم يبد صلاحه من الحب، قال مالك: لم يكن بالحجاز أعلم بالبيوع في التابعين من سعيد ومنه أخذ ربيعة علم البيوع، ولم يكن بالمشرق أعلم بها من ابن سيرين.

قُلتُ: قوله: أو مما لم يبد صلاحه يريد نوى قضاءه منه، وهو في ملكه، لا أنه ابتاعه إذ لا يجوز ابتياعه.

ابن بشير: تروى ولا تبع يعني: من له طعام في ذمة لا يبع طعامًا، وينوي أن يقضي المشتري من ذلك الطعام الذي له وتروى ولا تبتع، ومعناه: أن يكون عليه طعام فيشتري طعامًا ينوي أنه يدفعه للمشتري فيما عليه، وهذا لا يمكن التحرز منه.

قُلتُ: تقدم هذا.

اللخمي: لا بقيد كون الرواية تبتع، وفي التفسير الأول لابن بشير نظر لقصوره على الطعامين من سلم، ولفظ المدَوَّنة عام في الطعام المعين وغيره.

وفيها: إن اشترى من أسلمت إليه في كر حنطة كر حنطة حين حل عليه فقال لي: أقبضه، لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه.

وإن قلت له: اشتر هذا الطعام وآخذه منك فلا خير فيه، ويدخله مع بيعه قبل قبضه بيع ما ليس عندك.

ابن حبيب: كأنه اشتراه له فقضاه ثمنًا، ولا ينبغي للطالب أن يدله على طعام يبتاعه فيبتاعه لقضائه أو يعينه عليه، نهى عنه سعيد ويحيي وربيعة وابن شهاب.

اللخمي: منع ابن القاسم مرة من ابتاع طعامًا كيلًا قضاءه قبل كيله في سلم عليه، وأجازه مرة، قال: من أعطى من له عليه طعام سلم مثل رأس ماله ليشتريه لنفسه لا بأس به، فإذا جاز أن يشتريه على ذمة المطلوب ثم يقضيه لنفسه؛ جاز أن يشتريه الغريم، ثم يجعل للطالب قبضه، والقول: إن هذه إقالة خطأ لاتفاقهما على أخذه على وجه الوكالة، ولو ضاع الثمن كان من الآمر، [illegible] يعتبر قبض مبتاعه أو وكيله أجنبيًا عن بائعه لا بوساطة.

فيها: من لك عليه طعام سلم فلا تقل له بعه وجئني بالثمن وهو من ناحية بيعه

قبل قبضه مع ما يدخله من ذهب بأكثر منها إن كان رأس المال ذهبا وإن كان ورقا فصرف لأجل وخرج اللخمي: جوازه إن باعه بمثل رأس المال فأقل من قول أشهب، بجوازه وكالة الطالب على الشراء بأقل من رأس المال.

وفيها: توكيل عبده أو مدبره أو أم ولده أو زوجته أو صغير ولده على قبضه منه كتوكيله على ذلك وكبير ولده كأجنبي، ونوقض قوله في الزوجة بقول ثاني سلمها من وكل على سلم جاز أن يسلمه لزوجته بخلاف من في ولايته، ويجاب بأن الحق في هذه لآدمي، وفي الأولى لله تعالى وهو آكد.

اللخمي: من وكل على شراء طعام سلم يقضيه عن الموكل فقضاه من عنده وأمسك الذهب فرضي بذلك الموكل جاز.

وفيها: من دفع لمن له عليه طعام سلم ما يشتري به مثل ما له عليه فتقتضيه بغير معنى الإقالة؛ لم يجز.

الصقلي عن محمد: إن أعطاه أكثر من رأس ماله أو أقل، وزعم أنه ابتاع به ذلك وقبضه، فإن أقام بينة أنه ابتاعه باسم الأمر ثم قبضه وفات بعد ذلك، وإن لم يكن إلا قوله: لم يجز، ورد ما أخذ وطلب حقه.

قُلتُ: انظر لو أقام البينة بشرائه لا بقيد كونه باسم الأمر هل لا يقبل قوله وهو مفهوم قوله أولًا: أو يقبل وهو مفهوم قوله: لو أقام البينة بشرائه وهو مفهوم قوله: آخرًا، وهذا أظهر لانتفاء التهمة.

قال: وقال أشهب: إن دفع له مثل رأس ماله فأقل؛ ليشتري ذلك لنفسه فزعم أنه فعل وقبض حقه؛ جاز ذلك، وإن زعم أنه بقي له شيء يكون أكثر من رأس ماله لم يصدق، ونقض ذلك بينهما.

زاد التونسي عن أشهب: إن قال: اشتريت بأكثر لم يلزم الآمر ورد عليه دراهمه، وأخذ منه طعامه.

التونسي: في هذا نظر؛ لأنه يقول: أنت وكلتني على شراء هذا الطعام وكالة فاسدة فهو واجب لك، فانظر في هذا، وكان أشهب اتقى أنه إن وجب للآمر قضاه فيما عليه من السلم فيتم ما صنعاه.

قُلتُ: يرد ما ذكره من النظر بأن الآمر؛ إنها أمره بشراء قدر من الطعام بثمن معلوم فاشتراه إياه بأكثر من ذلك السعر تعد يلزم المأمور دون الآمر.

وفيها: من أقرض طعامًا له من سلم قبل قبضه فقبضه المقرض لم يعجبني بيعه منه قبل قبضه؛ لأنه بيع له قبل قبضه.

الصقلي: يريد: ولا من غيره.

محمد عن مالك: أما اليسير من الكثير؛ فلا بأس به كأنه وكيل على قبضه، قال: ولا يجوز لمن أسلفته إياه فيه إلا ما يجوز لك، والمحال بطعام سلم على طعام قرض هو فيه، كطعام سلمه مع من أحيل عليه.

التونسي: وللمحال عليه أن يأخذ له فيه من المحيل دراهم كالكفيل بطعام سلم بعد قضائه مع المتكفل عنه، وعزا اللخمي لأشهب مثل رواية محمد في اليسير، ومن أحيل بطعام قرض له على طعام سلم، ففي جواز بيعه إياه قبل قبضه قولان: للخمي عن ابن القاسم، وتخريجه على رواية ابن حبيب؛ لأن المحال مقرض لا مبتاع والمبتاع خرجت يده، قال: ومن وهب له طعام سلم أو تصدق به عليه ففي خفة بيعه إياه قبل قبضه رواية ابن حبيب، وغيره بناء على اعتبار حاله أو حال واهبه.

قُلتُ: عزا الباجي الثاني لابن دينار عن المغيرة، وعيسى عن ابن القاسم.

اللخمي: لو طاع أجنبي بأداء طعام سلم عن المسلم إليه فحكم المسلم معه كحكمه مع المسلم إليه، قال: وعقد هذا أنه متى بقيت يد المسلم على سلمه فبيعه قبل قبضه لا يجوز كان المقبوض منه المسلم إليه أو من وهبه أو تصدق عليه أو أقرضه وإن زالت يده والقابض موهوب له أو متصدق عليه جاز؛ لأنه لا ينطلق عليه من ابتاع طعامًا.

قُلتُ: ظاهره: أن المقرض بخلافهما وفيه نظر؛ لأنه لا يصدق عليه أنه مبتاع، ويوهم أن وارثه عن مبتاعه ليس كمبتاعه؛ لأنه لا يصدق عليه أنه ابتاعه والمنصوص أنه فيه مثله.

قال ابن الحاجب: ومن اقترضه؛ جاز له بيعه قبل قبضه.

ابن عبد السلام: معناه أن لمن أقترض طعامًا بيعه قبل قبضه ممن أقرضه.

قُلتُ: ظاهره جواز بيعه ممن أقرضه مطلقًا لا بقيد، وليس كذلك؛ لأنه إذا دفع فيه المقرض لمن أقرضه ثمنًا؛ فإنما هو ثمن عما يقبضه منه بعد ذلك، وما خرج من اليد وعاد إليها كأنه لم يخرج فعلى هذا لو استقرضه قفيز قمح؛ لم يجز له بيعه بزيت ونحوه؛ لأنه طعام بطعام إلى أجل ولا بدراهم إلا أن يكون القرض إلى مثل أجل السلم إلا أن يقال: إنما انتصب إلى بيان مطلق بيعه قبل قبضه.

وقوله: ممن أقرضه يوهم أن غيره ليس كذلك والحكم فيهما واحد.

وفي كون الطعام غير الربوي كالربوي روايتا المشهور وابن وَهْب وضعفت لعموم النص، ولما ذكر اللخمي رواية ابن وَهْب قال: وفي الموازيَّة من اشترى تينًا وزنًا ثم قال: زن لي بنصفه عنبًا أو بطيخًا ونصفه تينًا لا بأس به.

محمد: لا خير فيه ومحمل قول مالك في التين أنه لا يدخر كالشتوي أو صنف يدخر عجل جناه في وقت لا يدخر.

قُلتُ: سمع القرينان من أعطيته درهما قلت له: أعطني رطبًا فبدا لي فقلت له أعطني بنصفه بطيخًا وبنصفه تينًا؛ فلا بأس به.

ابن رُشْد: إنما أجازه؛ لأن عقد البيع لم يتم بينهما إنما كانا متراوضين إذا لم يقطعا السعر بعد، لو أراد أخذ درهمه كان له ذلك ولو انعقد البيع بينهما لم يجز له ذلك حسبما تقدم في رسم شك من سماع ابن القاسم في التين يباع كيلًا أو وزنًا أخضر، فيريد بدله من صاحبه قبل قبضه بغيره إنه لا خير فيه، وكذلك البطيخ، وفي كون طعام الغصب والتعدي كالقرض أو البيع نقلا الباجي عن الموازيَّة وحكاية القاضي.

ابن الحاجب: ولا يقبض من نفسه لنفسه. إلا من يتولى طرفي العقد كالأب في ولديه والوصي في يتيمه.

ابن عبد السلام: يعني من كان عنده طعام وديعة وشبهها فاشتراه من مالكه لم يجز له بيعه وشبهها فاشتراه من مالكه لم يجز له بيعه بالقبض الثاني عن الشراء؛ لأن ذلك القبض السابق لم يكن قبضًا تامًا؛ لأن رب الطعام لو أراد إزالته من يده كان له ذلك إلا أن يكون ذلك القبض السابق قويًا كالوالد والوصي فإنه إذا باع الوالد، طعام أحدهما

من الآخر كان له بعد ذلك أن يبيع ذلك الطعام على من اشتراه له قبل أن يقبضه قبضًا ثانيًا حسيًا وكذلك الوصي في يتيميه، والأب فيما بينه وبين ابنه الصغير، وفي النفس شيء من جواز هذه المسألة لا سيما والصحيح في المذهب أن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه متعبد به، وأصول المذهب تدل على جريان الخلاف فيها والأقرب منعها.

قُلتُ: ما ذكره ابن الحاجب سبقه به ابن شاس وما ذكراه هو ظاهر سلمها الثالث فيه، لمالك إن اشتريت طعامًا فاكتلته لنفسك ورجل واقف على غير موعد؛ فلا بأس أن تبيعه منه على كيلك أو على تصديقك في كيله إن لم يكن حاضرًا أو لم يكن بينكما في ذلك موعد.

فقوله: لا بأس أن تبيعه منه على كيلك يريد به: أن كيلك السابق لشرائك إياه يكفي في بيعك إياه مشتريه منك عن كيله ثانيًا، فيجوز له بيعه بذلك دون كيله إياه بحضوره وعلمه لا بيان كفايته في شرائه لوضوح بيان ذلك، وامتناع السؤال عنه، والاتفاق عليه وهو دليل على أن علم مبتاع طعام كيله بحضوره إياه ودوام علمه ذلك بعد شرائه إياه يتنزل منزلة كيله إياه بعد شرائه، فيلزم مثله في مسألتي الأب والوصي، ضرورة علمهما ذلك بحضورهما فقوله في النفس من ذلك شيء ليس كذلك لوضوح جريه على نصها، لكنه مع ذلك مختلف فيه ولا يوجب ذلك فيه إشكالًا كأغلب مسائل المدَوَّنة.

قال الصقلي: إثر لفظها المدَوَّنة.

ثم قال محمد: وروي أيضًا: أنه لا يأخذه بحضوره كيله ولا تصديقه فيه، وكرهه، وأجازه ابن القاسم في غير الموعد وقوله: أصول المذهب تدل على جريان الخلاف فيه. حسن إلا أنه لم يبينها، وهذا فيما بين الولدين الصغيرين، واليتيمين.

وأما قوله: والأب فيما بينه وبين ولده الصغير ففيه نظر لقولها في الرهن: ليس للوصي أخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهنًا إلا أن يكون تسلف له مالًا من غيره ولا يكون أحق بالرهن من الغرماء؛ لأنه حائز لنفسه من نفسه.

في أحكام عبد الحق: أبو داود عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: **«من أقال**

مسلمًا بيعته أقال الله عثرته»[1]، وله عن ربيعة بن عبد الرحمن قال سعيد بن المسيب في حديث ذكره كأنه عن النبي ﷺ: **«لا بأس بالتولية في الطعام قبل أن يستوفى»**، ولا بأس بالإقالة في الطعام قبل أن يستوفى ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يستوفي أبو داود: هذا قول أهل المدينة، وذكره عبد الرزاق عن ابن جريج، قال: أخبرني ربيعة بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ في حديث مستفيضًا بالمدينة قال: **«من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه إلا أن يشترك فيه أو يوليه أو يقيله»**[2].

[باب الإقالة]

الإقالة: (ترك المبيع لبائعه بثمنه)[3]، وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع، وهي:

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3460) في الإجارة، باب فضل الإقالة، وابن ماجه رقم (2199) في التجارات، وابن حبان رقم (1103) و(1104) والحاكم: 2/45. بلفظ: من أقال مسلمًا أقال الله عثرته.

وأخرجه ابن حبان: رقم(5029). بلفظ: من أقال نادمًا بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة.

(2) أخرجه عبد الرزاق: 6/372، رقم (14257).

(3) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ رحمه الله: ترك المبيع هذا جنس للإقالة، وتأمل كيف تدخل فيه الإقالة من بعض المبيع إلا أن يقال: إنما حد الإقالة المطلقة وفيه بحث، وقوله: (لبائعه) أخرج به ما إذا تركه لغير بائعه قوله: (بثمنه) أخرج به ما لو تركه بثمن آخر فإنه بيع آخر وخرج أيضا ما إذا تركه له هبة بغير عوض.

(فإن قلت): هل يصدق حد الشَّيخ على الثنيا بعد عقدة البيع فيما إذا باع سلعة بعشرة وقبض البائع الثمن ثم إن المشتري قال للبائع إن أتيتني بعشرة رددت عليك السلعة فأتاه بها فرد عليه السلعة (قُلتُ): إذا وقع الرد من المشتري فهي إقالة سببها الثنيا ولا تصدق الثنيا إلا على قول المشتري ما ذكره والإقالة تصدق على فعله غايته إقالة نشأت عن ثنيا وقد تقع الإقالة لا عن ثنيا فالحد للإقالة المطلقة بذلك كنت أجيب عن مثل هذا السؤال.

(فإن قلت): وهل هذه ثنيا صحيحة أو فاسدة (قُلتُ): هذه ثنيا صحيحة؛ لأنها بعد عقدة البيع والفاسدة ما كان في أصله وقد استشكل الشَّيخ رضي الله عنه صحة ذلك في الثنيا فراجع إشكاله لا يقال قد وقع في المدَوَّنة في مواضع في الشفعة وفي غيرها أن الإقالة عند مالك رحمه الله بيع إلا في مسائل وإذا كان كذلك فيقال: الإقالة بيع وكل بيع معاوضة فينتج الإقالة معاوضة ثم يقال ولا شيء من المعاوضة بترك مبيع فينتج لا شيء من الإقالة بترك مبيع والنتيجة تنافي حد الشَّيخ رضي الله عنه لأنا نقول بمنع الكبرى في

رخصة وعزيمة الأولى فيما يمتنع بيعه قبل قبضه.

[باب في شرط الإقالة في الطعام قبل القبض]

وشرطها: عدم تغير الثمن بما يختلف فيه الأغراض غالبًا(1).

فيها: لا يجوز بغير الثمن ولا عليه وأخذ غيره عنه ولا به مع زيادة عليه ولا مع تأخيره ولو ساعة ولو برهن أو حميل أو حوالة، ولو أقلته، فأحالك بالثمن فقبضته قبل أن يفارق الذي أقلته جاز ولو وكل البائع من يدفع رأس المال أحال وذهب أو وكلت أنت من يقبض وذهبت فإن قبض وكيلك منه أو قبضت أنت من وكيله مكانكما قبل التفرق جاز وإن تأخر لم يجز ولو كان رأس المال عرضًا.

الصقلي: وكذا كان ينبغي في الحوالة الجواز إذا قبضت من الذي أحالك عليه قبل فراقه وإن فارقت الذي أحالك قال مع ابن محرز، والفرق أن ذمة المحيل برئت بالحوالة قبل القبض فثبتت الفرقة قبل الفرض وفي الوكالة لا تبرأ ذمة الموكل إلا بالقبض

القياس الثاني وهو قولكم لا شيء من المعاوضة بترك مبيع فلا تصدق الكبرى إلا بقيد قولنا ولا شيء من المعاوضة بترك مبيع بغير عوض فيقع الإنتاج لا شيء من الإقالة بترك مبيع بغير عوض وذلك موافق للنتيجة.

(فإن قلت): ولأي شيء قال ترك المبيع لبائعه بثمنه وهلا قال بيع المبيع لبائعه بثمنه (قُلتُ): إذا حققت الإقالة فالمقصد أنه ترك حقه في البيع ففيها نوع من المعروف فناسب قوله ترك... إلخ.

(فإن قلت): قد قال الشَّيخ: وأكثر استعمال الإقالة قبل قبض المبيع، فإذا صح ذلك فهلا زاد في رسمه قبل قبض المبيع. (قُلتُ): لما كان استعمالها في معنيين صح له إطلاق الحد عليها، وإن غلب الاستعمال وحقه أن يقول: تحد بحد أعم وأخص كما جرت عادته ومعنى ما قال في المدَوَّنة: والإقالة في غير الطعام بيع أنها حكمها حكم البيع إلا فيما استثني لا أنها تدخل تحت حد البيع فتأمله والله سبحانه الموفق ورسمه يعم الصحيح منها والفاسد وهي تكون رخصة وعزيمة الأولى فيما يمتنع بيعه قبل قبضه على ما هو معلوم انظره والله سبحانه أعلم وتأمل قوله بثمنه هل المراد عينه أو أعم من العين والمثل.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (عدم تغير الثمن بما تختلف به الأغراض غالبًا) فلا تجوز بغير الثمن ولا عليه وأخذ غيره ولا به مع زيادة انظر بقيته قال: بعد ويطلب كونها على نفس رأس المال غير مغير عن حاله حين العقد انظره - رحمه الله ونفع به ما أحسن كلامه وأجمعه-.

ووكيله مقامه فلا فرقة.

ابن محرز: أضيق ما تجب فيه المناجزة: الصرف، ثم الإقالة من الطعام، والتولية فيه ثم الإقالة من العروض، وفسخ الدين في الدين ثم بيع الدين، وعند محمد لا بأس بتأخير ثمنه اليومين كرأس مال السلم.

وفيها: من أقال في مرض موته من أسلم له مائة درهم في مائتي إردب حنطة قيمتها مائتا درهم ولا شيء له غيرها لزم وارثه إجازتها أو سقوط ثلثها ولو حملها ثلثه أو كانت قيمتها مائة درهم لزمته، وجازت وصيته.

قُلتُ: أحفظته عن مالك، قال: لا، قال مالك: بيع المريض وشراءه جائز إلا أن يكون بمحاباة فيكون في الثلث، فأنكرها سَحنون وأبطل الإقالة، وفي تصويبها بحملها على موته إثرها، أو قبضه رأس ماله حين عقدها أو أنها موصى بها لا منجزة، رابعها: لأنهما دخلا على المناجزة والتأخير حكمي لأمر ظهر لابن اللباد، وأحمد بن نصر، والقابسي محتجًا بقولها، وتمت الوصية، وبجعل كل الطعام في الثلث المحاباة فقط كبيع المريض بها.

وعبد الحق مع ابن محرز عن الشَّيخ قائلًا: كقولهم: إن أقاله فهرب صحت الإقالة، وزاد ابن محرز الأول بأن موته لا يرفع تأخير النظر لموته ولا ما نعيته صحت الإقالة وصوب رد ابن الكاتب الثاني بأن الانتقاد لا يرفعهما ورد الثالث بقولها: إن لم تكن محاباة جازت ولو كانت وصية شرطت بحملها الثلث وتسميتها وصية مجاز، وصوب الرابع محتجًا باتفاقهم على صحة بيع المريض بمحاباة مع ضرر احتمال صحته، فتصح المحاباة من رأس ماله وموته فتقصر على الثلث مع احتمال حمله إياها أو بعضها فقدر ثمنه مجهول، وكذا الصقلي محتجًا بإجازة أَصْبَغ بيع مريض ذهبًا بفضة بمحاباة ونحوه للتونسي.

قُلتُ: وبه يصح احتجاج ابن القاسم ببيع المريض.

اللخمي: محمل قول ابن القاسم أنهما تقابضا جهلًا بموجب الحكم أو علما به قصد الافتيات على الوارث وله الرد إن لم يحمله الثلث، وإن أجازها قبل موت مورثه ففي صحتها ولزوم فسخها لاحتمال كون الوارث غيره قولان:

الأول: أحسن لندور كونه غيره، وفي حملها على أن المجعول في الثلث المحاباة أو كل الطعام نقلا عياض عن عبد الحق وابن محرز.

التونسي: على أنها وصية بجعل كل الطعام في الثلث إن حمله تمت الإقالة وإلا فله الثلث ففي كونه شائعًا في مال الميت أو في الطعام فقط قولان، وعلى أنها منجزة يسقط عنه نصف الطعام لمعادلته المائة رأس المال وثلثا نصفه.

الثاني: لأنهما ثلث مال الميت نصف الطعام الثاني، والمائة رأس المال معتبرة طعامًا، وأجاب عن مالك لكونه بيعًا وسلفًا بعدم دخولها على التبعيض المؤدي إليها.

ابن محرز خالف ابن القاسم أصله في بيع المريض بمحاباة بجعله كل الطعام في الثلث لا المحاباة فقط؛ لأنه لو أمضى له قدر رأس ماله، ومن بقية الطعام قدر الثلث كان إقالة من بعض الطعام لرجوع رأس المال إلى الورثة، ويأخذ بقية الطعام إن حمله الثلث أو ما حمله منه فيكون سلفًا جر نفعًا، وهذا منعه ابن القاسم في المَدَوَّنة، فإذا جعل في الثلث كل الطعام مع المحاباة لم يكن في المسألة مانع في حق الله تعالى ولا في حق الوارث، فإن لم يحمل الثلث الطعام خير الورثة في إمضاء الإقالة فلا يكون في المسألة مانع، وإن أبوا فالقياس إمضاء الإقالة في قدر رأس المال، وثلث ما يبقى بعد ذلك لحق العطية لولا ما فيه من مخالفة، مذهب المَدَوَّنة من الإقالة من بعض السلم على رأس المال.

قُلتُ: قوله: لولا ما فيه إلى آخره، خلاف ما تقدم للتونسي، ولو أقال من عليه الطعام في مرض موته من هو له ولا مال له، غير المائة رأس المال ولم يجز الوارث **فلذي** الطعام طعامه يشترى له بخمسين، وفي أخذه ثلث الخمسين الباقية للإرث بعطية الميت عينًا أو طعامًا مشترى به نقلا عبد الحق عن الشَّيخ وأبي عمران مع ابن أخي هشام بناء على لغو تهمة البيع والسلف واعتبارها ولم يذكر التونسي غير الأول معزوًا لبعض أصحابه، وذكر وجه الثاني تشكيكًا وأجاب بأن الأحكام آلت إليه فلا تهمة فيه وبأنه في الموازيَّة من صرف دينارًا في مرض موته بمحاباة إن لم تجز الورثة، صرفه قطعه له بثلث الدار وبطل الصرف، وذكر اللخمي مثله عن ابن حبيب قائلًا: قيل: ذلك حرام، ولا أراه.

عبد الحق: إن كانت محاباة في مرض موت في بيعه وشرائه يوم النظر فيه دون يوم وقوعه أو بالعكس فهي لغو وإن اختلف قدرها فيهما اعتبر أقلها وسقط الزائد، وفي بطلانها بتأخير قبض رأس مالها عينًا، ثالثها: إن كانا من أهل العينة، للخمي، عنها وعن رواية محمد ولأشهب، وصوبه قائلًا: إن قامت تهمة فسخت وإن قام دليل نفيها ككونها من أهل الدين أو لكونها لسفر حدث، صحت، وإلا فهو محل الخلاف قال: وشرط تأخير رأس مالها معينًا عبدًا أو ثوبًا يومًا يبطلها، وفي صحتها في طعام غائب قبول المازري تخريجها على تعليل أشهب ويحيي بن عمر صحتها في العرض الغائب ببراءة الذمتين نقل المازري عن المشهور وعزاه اللخمي لرواية محمد.

الصقلي عن محمد روى سَحنون عن أشهب: جواز الإقالة ولو تأخر الثمن شهرًا ولم يأخذ به أحد من أصحابه، وعنه أنها فاسدة، ويرجع بالطعام إلا أن يقيله ثانية وفيها: إن أسلم ثوبًا في طعام، فأقال منه لم يجز إلا برد الثوب، بحضرة الإقالة ولو هلك ببينة بعدها كان ممن هو بيده؛ لأن الإقالة لا تجوز إلا بالقبض.

ابن محرز: لا يدخله خلاف المحبوسة في الثمن، وعليه لو باع الدين ممن هو عليه بحيوان مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال فهلك قبل قبضه كان من بائعه، وكذا في بيعه من غيره ويطلب كونها على نفس رأس المال غير مغير عن حاله حين العقد فإن كان غير مثلي فغيره مثله يبطلها **وعينًا** مثله كعينه وفي كون غيرها مثليا، كالأول أو الثاني نقلا: اللخمي عن ابن القاسم في الموازيَّة وأشهب وصوبه إن كان المثل لا تختلف فيه الأغراض كالحديد والرصاص والنحاس، وإن لم يتحصل فيه المثل كالكتان لم يجز.

قُلتُ: ما عزاه للموازية هو قولها آخر السلم الثاني.

وفيها: حدوث دين في ذمة العبد يمنعها بخلاف حوالة الأسواق فيه وفي غيره.

عبد الحق: لأن الدين عيب بخلاف حوالة الأسواق ويسيره ككثيره بخلاف حدوث يسره عند من اشتراه واطلع على عيب به قديم وسقوط دينه كعدم كونه إن لم يكن في فساد.

قال بعض أصحابنا: زوال حدوث نقص في جسمه كبقائه بخلاف زوال حدوث بياض بعينه؛ لأنه ساتر زال.

الصقلي: إن القياس أن الجميع سواء؛ لأنه عيب زال.

المازري: لا فرق بين البياض والعيب المؤثر في الموازيَّة زوال البياض كالنماء قلت: هو نصها قال: ولو زال العيب المؤثر بعد حدوثه، ففي منعه الإقالة قولا المتأخرين.

قُلتُ: الأول ظاهر قولها: إن تغيرت هبة الثواب عند الموهوب له لزمته قيمتها.

والثاني: قول اللخمي في الولادة: ففي منعها بعيب حدث وزال، ثالثها: في غير البياض لبعض المتأخرين وغيره مع اللخمي وعبد الحق عن بعض أصحابه، وقول ابن محرز والمازري يسير الدين جدا كالدرهم لغو خلاف عموم، قول عبد الحق اليسير كالكثير.

المازري: وكونه بغير إذن ربه أو به، وصرفه في فساد عيب لا يرتفع بإسقاطه.

وفيها: تغير رأس المال أو نقص بين يمنعها والنماء كالصغير يكبر، وذهاب بياض العين وزوال الصمم، والسمن بعد الهزال وعكسه في الدواب مانع، وفي الجواري. ثالثها: إن قال أهل المعرفة: بقيمة الرقيق إنه يؤثر في الثمن لها ولتخريج اللخمي على قول ابن حبيب أنهما فوت في الرد بالعيب وله.

وفيها: لأن الدواب تشترى لشحومها والرقيق ليس كذلك.

قُلتُ: ظاهره: أن العبد كالجارية والأظهر أن ما يراد منه للخدمة كالدابة.

وفيها: ولادة الأمة تمنعها.

اللخمي: لتغيرها بزيادة الولد وذهاب عيب الحمل إن مات أو بعيبها إن كان من زنا أو إنكاح المشتري ولو كانت حين العقد متزوجة فولدت فمات الولد، وزال بغير نفاسها جازت الإقالة وخرجها المازري على الخلاف في زوال العيب الحادث، وفي لغو طول زمن الحيوان الشهرين والثلاث قولها، ونقل اللخمي عن بيوعها الفاسدة ذلك فوت، وحمله على التغير.

وفيها: إن أسلمت رقيقًا أو حيوانًا أو نخلًا أو دورًا في طعام أيقيل منه بعد استغلال ثمرها ولبنها وأخذ كراء الدور؟

قال: قال مالك في العبد والدابة: لا بأس أن يقيل بعد شهر أو شهرين أو ثلاثة

وهي تركب والعبد يستخدم فعلى هذا فقس.

اللخمي: سواء كان اللبن حين السلم أو حدث.

اللخمي: جز الصوف الحادث مانع لتغير الشاة في مدته.

عبد الحق: وكذا قبل جزه؛ لأنه نماء كهبة الأمة أو العبد مالًا.

قُلتُ: لغو ذهابه في الرد بالعيب، والعهدة، لغو حدوثه في منع الإقالة.

اللخمي: جز غير الحادث حبسه مانع ورده معها لا يمنعها.

المازري: إن كان لجزه أجر منع؛ لأنه زيادة.

ابن محرز: إن كان بالنخل ثمر يوم الإقالة لا السلم؛ لم تجز الإقالة؛ لأنها على الأصل معها زيادة ودونها غير مأبورة لا يجوز ومأبورة كذلك لتأخر جدها.

عبد الحق: كان يوم السلم يجده إن لم يكن يحدث لم يجز، لأنه نقص أو زيادة كصوف الغنم كذلك فحاصله: إن لم يكن بها ثمر بحال جازت إن كانت يوم الإقالة كذلك وإلا لم يجز.

اللخمي: إن لم يكن وهو يوم الإقالة مأبور جازت ويلزم المسلم إليه تعجيل جدها لاقتضاء الإقالة رد الأصل لحالة قبضه، وسلمها وبها ثمر غير مأبور فاسد إلا أن يشترطها ربها على الجد، ومأبور جائز ولو اشترطها مشتري الأصول وهي علف غير زهو بطعام سلم، ففي صحته قولا ابن مسلمة، وابن القاسم بناء على اعتبار حاله ومآله وأجازه سَحنون في السليمانية وإن طاب لأنه تبع كمال العبد وحلية السيف، فعلى قول ابن مسلمة: إن انتقلت الثمرة إلى الإبار أو إلى الزهو؛ لم تجز إقالة؛ لأنها على ردها زيادة، وعلى حبسها نقص وعلى بقائها بما ينوبها من الثمن فاسدة لتهمتهما على أنهما عملا على بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وعلى قول سَحنون: إن انتقلت ليبس؛ لم تجز إقالة لما تقدم، وإن كانت على أن تبقى بمنابها فلتهمتهما على طعام بطعام مؤخر.

وفيها: إن أسلم عبيًا في طعام ثم أقال منه، وأخذ برأس المال عرضًا؛ لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، والإقالة لغو.

اللخمي: ولو أخذ عن الدراهم دنانير لم يجز كالعرض عند مالك ويجوز على أصل أشهب لأن التهمة ليست على شيء في أصل العقد إنما هي على بيع الطعام قبل قبضه

وهو أجاز أن يعطي الغريم لذي السلم أقل من رأس ماله يشتري به طعامًا، لنفسه وإذا سلم العقد من التهمة لم يمنع فيما يكون بعد لأنه من أفعال النقود لا يتهم فيها إلا أهل العينة.

قُلتُ: أخذ الذهب عن الفضة تهمة على العقد بتأخير الصرف.

وفيها إن أسلم ثوبًا في طعام فأقاله فهلك ببينة بعدها فهو ممن هلك بيده؛ لأن الإقالة لا تجوز إلا بالقبض.

ابن محرز: لا يدخله خلاف المحبوسة بالثمن، وعليه لو باع الدين ممن هو عليه أو غيره بحيوان أو غيره مما يجوز أن يسلم في رأس المال فهلك قبل قبضه كان من بائعه وناقضها التونسي بقول ابن القاسم في المحبوسة بالثمن ضمان هلاكها ببينة من مبتاعها، وأجاب بضعف موجب ضمانه؛ لأنه العقد وهو هنا ضعيف؛ لبطلانه بتراخي القبض ولا يبطل به في غيره فناقضه بثبوت هلاكه إثر، عقب إمكان المناولة؛ إذ لا أثر هنا لموجب الضعف؛ إذ هو التأخير وهو منتف في هذه الصورة.

قُلتُ: إن قيل يرد بأن الجواب إنما هو بضعف موجب الضمان وهو عند الإقالة من حيث هو معروض للفسخ بالتأخير لا من حيث حصول التأخير وعدم حصول التأخير فيه لا يرفع كونه معروضًا له.

قُلتُ: في ثبوت المرجوحية بمجرد إمكان وقوع موجبها البين نفيه خلاف في وصاياها إن قال: إن مت، فمرزوق حر وميمون حر على أن يؤدي إلى ورثتي مائة دينار فإن عجلها تحاصا، وإلا بدئ مرزوق وقيل يبدأ الموصي بعتقه على الذي قاله يؤخذ منه المال، وأجاب التونسي بأنه لو ضمنه بذلك ما انتقل عنه ضمانه بتأخيره.

قُلتُ: ترد الملازمة بأنهما في التأخير يتهمان على العمل عليها فتبطل الإقالة فينتفي الضمان قطعًا وفي هلاكه لا تهمة قلت: والأظهر الجواب بما أشار إليه آخر كلامه أن الإقالة تقتضي رد ما قبض بحالته يوم قبض ووضعه بيد دافعه حسبما كان حين العقد ثم ناقضه بضمان المشتري في الصرف ما قبضه ووزنه إن هلك قبل دفعه عوضه مع أنه ضمان بعقد معروض للفسخ بالتأخير دفع العوض الآخر، وأجاب بما حاصله أن المدعي ضعف إيجاب العقد المعروض للفسخ بالتأخير ضمان ما لم يقبضه من حكم

عليه بضمانه لا ما قبضه حسًا، ثم قال: إنما نظير **مسألتنا**: لو كان له عليه دين فأعطاه به دراهم فضاعت بعد الوزن وقبل القبض أو كان له عليه دين فأعطاه به سلعة في الدار فضاعت فتلفت بعد الإعطاء قبل القبض وقد لا يتصور في مسألة الدنانير من الدراهم، ما يتصور في بيع الإقالة؛ لأن شرط صرف ما في الذمة أن يحضر ما يؤخذ عنه بالحضرة لا يكون في دار ولا في موضع متوار وهو إذا وزن بالحضرة فقد ضمنه من وزن له فلم يشبه ذلك الإقالة؛ لأنهما لو تقايلا على حضور رأس المال؛ لكان من كان له أولًا، وإنما معناه أنه غاب غيبة قريبة بحيث يجوز التراخي فيه فضاع بعد العقد وقبل القبض فجعل من الذي هو بيده حتى يوصله؛ لأنه مفهوم الإقالة: أن يرد إليه ما دفعه إليه.

قُلتُ: تقييده ضمانه ممن هو بيده إلخ، خلاف قول ابن بشير لو كان رأس المال ثوبًا فأقال منه وهو بالحضرة فضاع قبل وصوله إلى ربه فاختلف الأشياخ هل يدخله من الخلاف ما يدخل المثمون يضيع قبل قبضه مشتريه أم لا؟ لأن صحة الإقالة هنا موقوفة على القبض فيكون الضمان على الغريم حتى يسلمه للآخر.

اللخمي عن ابن حبيب: من أقال من طعام باعه فضاع بعد الإقالة ضمنه إن لم يغب عليه مشتريه بعد أن اكتاله، ومن أقال من طعام أسلم فيه دنانير وهي حاضرة بيد المسلم إليه، فأراد أن يعطي غيرها وأبي ربها.

ففي كون القول قول المسلم إليه، ولو شرط ربها رد عينها أو قول ربها ولو لم يشترطها قولها وقول سَحنون، وصوبه اللخمي وخرجها التونسي على أن الإقالة ابتداء بيع سهلت في الطعام؛ إذ لا ربح فيها أو حل بيع، ولو كان رأس المال حين الإقالة بغير موضعه يوم البيع، وافتقر في نقله لأجر ففي كونه على مبتاعه مطلقا أو على طالبها منهما نقلا عبد الحق عن بعض القرويين والأبياني واستحسنه الشَّيخ والقابسي وقيدوا الأول بكون محل النقل قريبًا ولو بعد كانت إقالة على تأخير.

وفيها: إن أسلمت إلى رجل في طعام فقال لي ولنيه جاز، وهي إقالة إنما التولية لغير بائعه.

ابن محرز: أجازها بلفظ التولية وهو لا يجيزها بلفظ البيع؛ لأن لفظ التولية لفظ رخصة كالإقالة، وقوله في الكتاب: إذا دفع الذي عليه السلم مثل رأس ماله للذي له

السلم يشتري به طعامًا جاز؛ لأنه إقالة لا يدل على جوازها بغير لفظها؛ لأنها هنا غير مقصودة إنما رأى أن فعلهما لا تهمة فيه لقدرتهما على فسخ السلم برد رأس ماله.

وقال أبو حفص: لا تجوز المسألة على قول ابن القاسم إلا على وجه الإقالة كقوله: أعطني طعامًا فيقول له: إنما يسوى الطعام مثل رأس مالك، فإن شئت أن تأخذه وإن شئت أن تشتري به طعامًا فأنت تجد، وإن شئت مسكته فيأخذه على المناجزة على أن لا طلب بينهما فذلك جائز وهي إقالة وإن أخذه على أن يشتري به ففعل، وقامت به بينة لم يجز؛ لأنه اشتراه ليقبضه بعد شرائه فهي كمن واعد غريمه على طعام يشتريه ثم يقبضه فهو غير جائز.

قلت: ظاهر كلام ابن محرز إنه حملها على غير معنى الإقالة بل على الوكالة السالمة من الفساد لنفي التهمة عنهما لقدرتهما على تحصيل مقصودهما بالإقالة وتبعه المازري. وظاهر قول أبي حفص عكس ذلك وعليهما لو فلس دافع رأس المال قبل الشراء به على قول ابن محرز لا يكون قابضه أحق به وعلى قول أبي حفص، يكون أحق به، وذكر طرو تفليسه في تعليقة أبي عمران وقال: يجيى الشَّيخ إلى أنه لا يكون أحق به من الغرماء وشبهه بمن وضع دنانير على يدي عدل ليشتري بها طعامًا لرب السلم فإنه لا يكون أحق بها إلا أن يشترط أن صاحبها لا يأخذها ممن هو على يديه حتى يصل لذي الطعام طعامه.

قُلتُ: لم أقف على نص القول بجوازها بلفظ البيع، وفي رسم: إن أمكنتني من سماع عيسى من السلم والآجال من أخذ عشرة دنانير سلمًا في طعام فلما حل قال لمن هو له: بعني طعامًا أقضيكه فباعه بعشرة نقده إياها؛ فلا بأس به؛ لأنها إقالة.

قُلتُ: فقد صرح بأنها إقالة بأن العبارة عنها إنما وقعت بلفظ البيع فيقوم منه جوازها بلفظ البيع، وهو المناسب لقولها: إنما ينظر مالك إلى أفعالهما لا إلى أقوالهما.

والإقالة من بعض الطعام قبل الغيبة على رأس ماله أو ثمنه مطلقًا أو بعدها وهو غير مثلي جائزة، في ثاني سلمها: إن كان رأس المال عينًا أو ما لا يعرف بعينه فإن لم يفترقا جاز أن تقيله من بعض وتترك بقية السلم لأجله، فأما بعد التفرق فلا يأخذ منه إلا ما أسلمت فيه أو رأس مالك، وإن كان رأس مالك عروضًا تعرف بعينها أسلمتها

في عروض أو حيوان أو طعام فأقلته من نصف ما أسلمته فيه على نصف رأس مالك بعينه فلا بأس به ولو بعد افتراقكما.

اللخمي: أجاز مالك لمن أسلم عبدًا أو ثوبًا في طعام أن يقيل من نصفه، وليس بالبين؛ لأن الشركة عيب، وأجاب المازري بأن قال هذا العيب لم يسبق الإقالة إنما حدث بها وتعلق بها حل البيع، وحدوث العيب واضطرب المذهب في مثل هذا الأمر الذي يتعلق به حكمان متدافعان ما الذي يقدر سابقًا منهما كقوله: إن بعتك فأنت حر إن جعل حل البيع سابقًا على عيب الشركة؛ فالإقالة صحيحة.

قُلتُ: يرد بأنه لا يلزم من كونها سابقة على الشركة لغو عيب الشركة؛ لأنها وإن سبقتها فهي لازمة عقبها قبل إمكان قبض رأس المال بعيبها كذلك ضرورة ثبوت اللازم لثبوت ملزومه، وكل عيب حادث برأس المال قبل إمكان قبض المقال فهو من دافعه، وكل عيب هو من دافع رأس المال فهو كعيب قديم في إبطاله الإقالة دليل ذلك قول آخر ثاني سلمها: إن أسلمت ثوبًا في طعام فهلك الثوب بعد الإقالة انفسخت، وبقي السلم بحاله، ويجاب بأن كون الحادث قبل مضي إمكان قبض رأس المال ممن هو بيده مشروط بكون ذلك الحادث من غير سبب من يجب له قبضه، أما إذا كان من فعله فهو كقبضه ولا يكون ممن هو بيده كما لو كان تلف العبد بفعل من يجب له قبضه لصحة الإقالة، وعيب الشركة هنا بفعل من يجب له القبض، لأن الإقالة لا تتقرر إلا بطلبه إياها وإجابته لها، وكلاهما فعله، فوجب كون عيبها منه، وكونه منه يمنع كونه كعيب قديم فتأمله.

ابن محرز: تعقب ابن الكاتب قولها بجواز الإقالة من نصف الطعام على نصف الثياب بأنها إن كانت على الشياع فالشركة هنا عيب حادث فيبطلها كحدوث دين العبد، وإن كانت على نصفها من أثواب بعينها فهي إقالة على خلاف رأس المال؛ لأنه أخذ نصف الثياب التي أقال عليها عوضًا عن نصف الثياب الأخرى؛ لأن كل ثوب شائع في نصف الطعام فنصف الطعام الذي أقال منه رأس ماله نصف الأثواب كلها فكأنه عاوضه على النصف الذي سلم بالنصف الذي أخذ، وقد أجاز ابن القاسم لمن أسلم ثوبين في طعام أن يقيله من نصفه على أحدهما إن استوت قيمتهما، ويلزم على قوله

جواز الإقالة على مثل رأس مال الطعام إن كانت مثليا، وهو قد منعه.

في الموازيَّة: وهو أصوب من قوله في آخر الجزء الثاني من المدَوَّنة، والذي نقل المازري عنه أنه ألزم ابن القاسم جواز الإقالة على مثل رأس المال وهو ثوب لا وهو مثلي قال: واعتذر التونسي عن ابن القاسم في مسألة الثوبين سلما في طعام بأن الثوب المقال منه يقابله نصف كل من القفيزين ومسمى نصفيهما هو قفيز قطعًا وجمعهما في لفظ قفيز لا أثر له، كما لو اشترى من عليه نصف دينار لرجل سلعة منه بنصف دينار قضى عليه بدينار كامل لإيجاب الحكم جمعهما، وفي هذا نظر؛ لأن هذا التقدير ليس بأولى من تقدير كون القفيز عوضه نصف الثوبين.

اللخمي: في الموازيَّة يجوز لمن أسلم في أصناف تمر أن يولي صنفًا بمنابه، وأجاز في المجموعة لمن أسلم في قمح وشعير وعدس أن يولي صنفًا منها بمنابه فيجوز على ذلك الإقالة فيه والشركة كذلك ونقله المازري نصًا لا تخريجًا، قال: وقع في الموازيَّة من أسلم في أصناف من التمر فجائز أن يقيل من أحدهما، وكذا من أسلم في قمح وشعير، وعدس يجوز أن يقيل من أحدهما ويجب أن يمنع على طريقة سَحنون والإقالة من بعضه بعد الغيبة على ثمنه مثليًا لا تجوز فيها مع غيرها؛ لأنه بيع وسلف وألزم هذا فيما يعرف بعينه؛ لأن رد العين المقرض لا ينافي السلف، وأجيب بأن المانع التهمة عليه لا تحقيقه، والتهمة في المثلي واضحة، وفيما يعرف بعينه بعيدة.

عبد الحق عن الموازيَّة: ما أسلمت فيه من طعام أو غيره فقبضت بعضه لم يجز أن يقيل مما بقي، ولو رددت عليه ما اقتضيت وأقالك من الكل فهو حرام، وبيع الطعام قبل قبضه كأنه أقالك مما بقي على أن وليته ما قبضت.

قال مالك: إلا أن يقل ما قبضت كعشرة أرادب من مائة فأرجو خفته.

قال ابن القاسم في العتبيَّة: أكرهه فيما قل أو كثر، وسمعه أَصْبَغ: من ابتاع طعامًا بعينه، ونقد بعض ثمنه إلى أن يقضيه بقيته، ثم أراد أن تكتال بقدر ما نقد ويستقيل من البقية لا بأس به، وإن كان نقد كل الثمن لم يصلح أن يأخذ بعضًا، ويقيل من بعض إلا أن يكونا لم يفترقا ولم يغب على الدنانير.

ابن رُشْد: الصحيح على أصولهم أن الإقالة فيها من البعض جائزة، ولو نقده كل

الثمن؛ إذ ليس في نفس الإقالة فساد، إنما يوجد الفساد فيها بمجموع البيع والإقالة إذا اتهما في ذلك فيجب أن يجوز إن لم يكونا من أهل العينة؛ لأن بيوع النقد لا يتهم فيها إلا أهل العينة.

قُلتُ: هذا خلاف أصل منعها مع غيرها أخذ طعام من ثمن طعام بيع على النقد بعد الافتراق، ومنع أخذ طعام عن دراهم من اكترى أرضًا بها.

وفيها: إن أقال أحد رجلين من طعام أو عرض أسلما فيه لرجل جاز إلا أن يكونا متفاوضين في شراء الطعام وبيعه فلا يجوز؛ لأن ما أقال وأبقى بينهما، وكذا إن ولاه حصته ولا حجة لشريكه عليه في تولية أو إقالة إن لم يفاوضه إنما حجته على البائع.

عبد الحق: في رواية العسال وزياد قال سَحنون: لا يجوز ذلك إلا بإذن شريكه، ونقله اللخمي عنه لا رواية فيها، قال: والأول أحسن؛ لأن الشركة عنده تضمنت أن لا يقتضي أحدهما دون الآخر ولم تتضمن أن لا يقيل؛ لأنها حل بيع وأجاز التولية ولم ير فيها للشريك حجة؟

قال محمد: إن باع أحد الشريكين، فلشريكه أن يدخل في الثمن والأول أحسن؛ لأنه إنما باع حظًا شائعًا هو له.

عبد الحق عن فضل: إنما أجاز مالك إقالة أحدهما من كل حظه؛ لأن شريكه لو أراد الدخول عليه فيما أخذه لم يجز لما لها إلى إقالة من بعض حظه وهو أبين من قول سَحنون ووجهه القابسي بأن إقالته من حظه كتوليته أجنبيًا أو بيعه منه فيما يجوز بيعه قبل قبضه وليس كالاقتضاء ولا كالصلح، ورده عبد الحق بأن بيعه من أجنبي وتوليته لا توجب في ذمة المدين ضعفًا ولا أخذا منها، وفي إقالته توجبه ضرورة رده له رأس ماله فصار كالاقتضاء والصلح، قال: وحملها بعضهم على إقالته بعد قسمتهما ما على المدين.

قُلتُ: لا يخالفه في هذا سَحنون؛ لأن قسمهما ملزوم لإذنه قال: ووجهه بعض القرويين بأنه قاسمه أو كان المدين ظاهر الملاء.

قال عبد الحق: ويلزم مثله في صلح أحد الشريكين غريمهما، قال: وتوجيه فضل، إنما يتم على قول من يرى في صلح أحدهما من حظه من دين لهما، أنه إذا رجع عليه

شريكه فيما أخذ أنهما معًا يرجعان على المدين، وأما على القول: أن الآخر يرجع بجميع حقه ثم يغرم لشريكه ما أخذ منه فلا؛ لأنه لا يدخله على هذا البيع والسلف بحال، وقبل الصقلي جواب فضل المذكور، وجواب أبي عمران بأنه لو ثبت لشريكه عليه دخول لأدى ذلك إلى كونها إقالة على خيار فتفسد.

قُلتُ: يريد: أن ثبوت الدخول له يؤدي إلى نفيه؛ لأنه لا يثبت له لزومًا إجماعًا فيجب ثبوته له مخيرًا فيه، وكلما كان له مخيرًا فيه فسدت الإقالة، وكلما فسدت لم يكن له دخول فأدى ثبوت دخوله إلى نفيه، ويرد بأن حاصله إبطال لما هو لازم لإقالة أحد الشريكين دون إذن الآخر، وبيان كونه لازمًا إن تصرف أحد الشريكين بأخذ شيء من ذمة مدينهما فيما هما فيه شريكان يوجب دخول الآخر عليه عملًا بقاعدة المذهب في ذلك والدخول المذكور باطل لما قررتم من تأديته للمحال، ووجه ابن الكاتب قول مالك بكلام مقتضى أوله ككلام القابسي.

وفي آخره ما نصه: والإقالة ليست عوضًا من الدين ولا بيعًا له ممن هو عليه؛ إذ لو كان كذلك ما جازت الإقالة فيه؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وإنما هي إسقاط لما عقداه وبراءة لذمة البائع من الدين، ألا ترى أن المبتاع إنما أخذ مثل ما دفع وما كان دفعه لم يكن لصاحبه فيه شركة.

عبد الحق: هذا نحو ما تقدم للقابسي، وإن كانت فيه زيادة إيضاح فهو معترض بما ذكرناه.

قُلتُ: ليس كذلك لأن حاصل اعتراضه المتقدم إنما هو على الجواب بأن إقالته كتوليته من أجنبي، وفي كلام ابن الكاتب زيادة ليست مجرد الإيضاح كما زعم؛ بل فيها زيادة على ما قاله القابسي تقريرها: أن الإقالة من الطعام حكم لها أهل المذهب بأنها ليست بيعًا؛ بل حل بيع، وكل ما كان كذلك بطل مقال الشريك على شريكه فيها؛ لأن مقاله إنما هو فيما يضعف ذمة المدين بشيء مرتب على بيعهما من المدين ما ثمنه بينهما، وحل البيع بالإقالة لا يضعف ذمة المدين بشيء مرتب على بيعهما من المدين ما ثمنه دينهما وحل البيع بالإقالة لا يضعف ذمة المدين بشيء مرتب على بيعهما منه ضرورة كونها حلاله، وهو جواب حسن لمن تأمله؛ ولذا قال الصقلي إثر نقله ما تقدم: هذه

وجوه صحيحة واحتجاج بين، واعترض ذلك بعض أصحابنا باعتراض ضعيف.

عبد الحق: قال بعض أصحابنا: قد يقال: إن هذا مذهب في أن من باع حظه أن شريكه لا يدخل عليه، ولغير ابن القاسم في كتاب الصلح، ما يدل عليه في صلح أحد الورثة عن حظه في الدم بعبد أن الباقين لا يدخلون معه فيه، والقياس أن ذلك لا يشبه أحد الشريكين بحظه في العبد؛ لأن بيعه منه لا ضرر على شريكه فيه، وفي الاقتضاء يتضرر بإخلاء الذمة.

وفيها: إن أسلم لرجلين في طعام جازت إقالته أحدهما إن لم يشترط أن كلا منهما حميل بالآخر أيهما شاء أخذ بحقه، فلو لم يشترط أيهما شاء أخذ بحقه، ففي جوازه على مشهور قولي مالك لا يطلب الحميل في غير تعذر الغريم ومنعها قولا ابن الكاتب مع عبد الحق، ونقله عن بعض القرويين مع الشَّيخ في مختصره؛ لاحتمال الفلس حين حلول الأجل فيصير حقه على واحد فتصير إقالة من البعض.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: لا تجوز إقالة أحدهما، وإن لم يغيبا على رأس المال؛ لأن كلا منهما حميل بالآخر فإقالته على بقائه حميلاً أو ترك حمالته يحيل الإقالة عن شرطها، وقاله الشَّيخ والقابسي، ولم يعزه المازري لغيرهما، وقال: سلكا غير ما قدمناه عمن سواهما من الأشياخ وجعلا إقالته على بقائه حميلا إقالته على بعض رأس المال؛ لأن رأس المال هنا دنانير وحمالة وإن أقال على إسقاطها فكأنه بائع المقال على إسقاط ضمان عنه والبيع على ثبوت الضمان أو إسقاطه لا يجوز، وقوله في إقالته على بقاء الحمالة صحيح.

قُلتُ: تقريره منع الإقالة بأنها إقالة على بعض رأس المال؛ لأن رأس المال هنا دنانير وحمالة وهم، إنما هي أسلوب تقريره إقالة من بعض المسلم فيه؛ لأن كلا منهما أخذ نصف المال هنا رأس المال على أن بذل فيه شيئين نصف الطعام، والحمالة عن غيره بإقالته بأخذ رأس المال على إسقاط ما عليه من الطعام وإبقاء ما عليه من الحمالة إقالة من بعض مقابل كل رأس المال برد جميعه فهو كمن أسلم دينارًا في قفيز قمح وعبد، ثم أقاله من القمح فقط، ثم قال: وأما إقالته من جملة ما اشتمل عليه العقد من طعام وحمالة فبعيد منعه، وإذا وقعت الإقالة في العقد على ما هو عليه سقطت الإقالة

بسقوط الطعام؛ لأنها تابعة له ولا سيما إذا قلنا: الإقالة حل للعقد من أصله.

قُلتُ: ففي جواز إقالة من أسلم في طعام لرجلين على حمالة كل منهما بالآخر غير شارط أيهما شاء أخذ بحقه، ثالثها: إن لم يغيبا على رأس المال لابن الكاتب مع عبد الحق والشَّيخ مع القابسي ونقل المازري عن غيرهما من الشُيُوخ.

اللخمي عن أشهب: من ولي نصف طعام له من سلم فله، وللمولي الإقالة من كل حظه لا من بعضه، والقياس جوازها في بعضه؛ لأن المولى لم يكن بينه وبين المسلم إليه معاملة فلا تهمة؛ لأنه أجاز إقالته من كل حظه لا من بعضه فالقياس جوازها في بعضه؛ لأن المولى لم يكن بينه وبين المسلم إليه معاملة فلا تهمة؛ لأنه أجاز إقالته من كل حظه فلو اتهمهما لم تجز الإقالة؛ لأن المسلم إليه قبض دينارين ثم رد أحدهما بعد أن انتفع به، فإذا جاز أن يرد دينارًا جاز أن يرد نصف دينار، وتعقب المازري منع إقالة الموهوب له والوارث من بعض نصيبه بأن علته التهمة على مواطأة المسلم والمسلم إليه على البيع والسلف وهي منتفية في الوارث والموهوب له، وأجاب بأن حلولهما محل المسلم أوجب لهما حكمه كالمحال على ثمن طعام لا يجوز أن يقتضي منه طعامًا اعترضه بأنه لو أعطى حكمه لما جازت إقالته من كل حظه؛ لأنه بعض الطعام المسلم فيه، وأجاب بأن شرط اعتبار تهمتهما تبعيضه ما على المسلم إليه بإقالة بعضه مع قدرته على الإقالة من جميعه وهذا في الوارث والموهوب له منتف.

اللخمي: من أقال من طعام ابتاعه بعد قبضه قبل غيبته عليه لم يلزمه كيله، وإن غاب عليه فعليه كيله.

ابن حبيب: من أقال من طعام باعه فضاع فهو منه وإن لم يغب عليه مبتاعه ولو اكتاله وغاب عليه ضمنه حتى يكتاله بائعه، والإقالة من غير الطعام كالبيع في شفعتها: الإقالة عند مالك بيع من البيوع في كل شيء إلا إقالة مبتاع شقص قبل أخذه بالشفعة ونقض بالإقالة من الطعام وفي المرابحة فيما باع بربح ثم أقال ويجاب بأن مراده فيما يجوز بيعه قبل قبضه وهي في المرابحة بيع؛ لكنه يكرهه المبتاع لكونه بثمن أكثر من الأول.

وفيها: من باع جارية بعبد فتقابضا ثم مات العبد فتقايلا؛ لم تجز الإقالة إلا أن

يكونا حيين، وكذا إن حدث بالعبد عيب لم تجز الإقالة إلا أن يعلم دافع العبد بنقصه فيجوز.

اللخمي: إن لم يعلم فله قبوله أو رده، وإن تقايلا بعد علمه بموته على قيمته؛ لم تجز إلا بعد علمهما القيمة، وإن أقاله على مثله جاز إن كان في ملك مشتري العبد، ولو كان غائبًا عن البلد، وإن لم يكن في ملكه تخرج على القولين في البيع مرابحة فيما ثمنه عرض وعلى السلم الحال أو إلى يومين، ولو حدث بالعبد بعد الإقالة عيب أو هلاك فهو من بائعه على أن الإقالة حل بيع وعلى أنها بيع يتخرج على الخلاف في المحبوسة بالثمن.

قُلتُ: في طرر ابن عات، في ترجمة وثيقة بإقالة.

قال ابن عيشون: إن أقال من طعام ونحوه فبان هلاكه؛ بطلت إقالته إلا أن يكون بين هلاكه، وقيل: يلزمه وإن لم يبين.

اللخمي: لو أسلم عبدًا في ثوب جرى الجواب على ما تقدم، إلا أنه إن كانت الإقالة على المثل لم تجز إلا أن يكون في مثله حاضرًا أو يقومان لقبضه وإلا كان دينًا بدين، ومن أقال بغير بلد سلمه جاز على أخذ المثل ببلد الإقالة بالحضرة، وعلى قبضه ببلد السلم لا يجوز وهو دين بدين، ولو أسلم عرضًا مثليًا في طعام لم تجز الإقالة بغير بلد السلم لأنها على تعجيل رأس المال إقالة على غير رأس المال؛ لأن ثمنه في البلدان مختلف، وعلى تأخيره دين بدين، قال: إقالته من سلم ثوبين في فرسين يردهما أو أحدهما من الفرسين أو من أحدهما والباقي لأجله جائزة ولو بزيادة، واختلف فيها على تعجيل الباقي، فأجازه ابن القاسم في الموازيَّة لأن أخذه اقتضاء لا سلف، وإلا شركه فيها غرماؤه في فلسه.

والإقالة برد مثلهما أو مثل أحدهما عن كلا الفرسين دون زيادة عليهما جائزة وإلا فلا، وكذا على أحد الثوبين ومثل الآخر، واختلف في إقالته على مثل ثوبيه وزيادة أجازها ابن القاسم في الموازيَّة.

قُلتُ: المنع في الصورتين هو قول ثاني سلمها، ورد المازري قوله: لو كان أخذه سلفًا لشركة فيه غرماؤه في فلسه بأنه سلف أحاله عليه بحقه المماثل له فصار كمن أحاله غريمه بحقه على غريم له ثم فلس المحيل فلا دخول لغرمائه على المحال.

قلت يرد بأنه لو كان كذلك لفسد أخذ كل حق قبل أجله لملزوميته حينئذ الحوالة بما لم يحل ثم خرج القولين على الخلاف في المسبب عن عقد هل يعد متأخرًا عنه أو متقدمًا أخذا ذلك من مسألة: إن بعتك فأنت حر، قال: فعلى الحكم بتقديمه تكون براءة الذمة المسببة عن المعاوضة سابقة عليها، فصارت كمعاوضة بعد حلول الدين.

قلت؛: لا يخفى تكلف هذا وبعده؛لأن مسألة العتق إنما قيل فيها ذلك؛لتشوف الشرع للحرية، وما قرره فيها من تقديم المسبب على سببه؛إنما هو في الأقوال لا الأفعال للاتفاق على لغو عتق وارث أخيه عبدًا له قبل موته ببينة.

الصقلي: روى محمد: من باع عبدًا بمائة دينار لشهر فأقال منه على أن زاد مبتاعه عينًا أو عرضًا نقدًا أو مؤجلًا جاز، ولا يجوز على أن يزيده مبتاعه عينًا إلا إلى الأجل نفسه من صنف الثمن فيصير مقاصة، وعلى زيادة عرض جائز نقدًا ولو كان من غير صنف الثمن ونظمه بعضهم فقال:

إذا استقالك مبتاع إلى أجل   وزاد نقدًا فخذه ثم لا تسل

حاشى من الثمن المرجى إلى أجل   إلا إلى ذلك الميقات والأجل

مع الرفقات فلا تزدد فإن لها   حكمًا من الصرف في التعجيل والأجل

وزده أنت من الأشياء أجمعها   ما شئت نقدًا ومضمونًا إلى أجل

ما لم يكن صنف ما استرجعت تدفعه   إلى زمان ولا بأس على عجل

ووجه الممنوع منها واضح وهو في منع زيادة البائع ما هو من صنف ما استرجع إلى أجل سلف بزيادة، فإن قلت: فبيات وقيل قبل مضي عشرة.

قُلتُ: ليس كذلك هذه الأبيات من عيوب القوافي الإيطاء، وهو إعادة كلمة الروي قبل مضي سبعة أب ، أما في البيت الرابع فواضح؛لأن كلمة الروي فيه منكرة وفي غيره معرفة، والمنصوص لهم أن الاختلاف بالتعريف والتنكير كاختلاف الألفاظ وأما في البيت الثالث فقد يتوهم لاتحاد الكلمة فيه، وفيما قبله في التعريف وليس كذلك؛ لأن مسمى الأجل فيه مطلق غير مقيد وهو فيما قبله مقيد بكونه الأجل الذي

وقع البيع إليه، والمنصوص لهم أن الاختلاف بهذا كاختلاف الألفاظ مع زيادة هذا بمزية التجنيس وذكرناه لرفع التشغيب بهذا على الفقيه من حيث كونه فقيهًا، وسمع ابن القاسم: إقالة من باع طعامًا بثمن مؤجل قبل الفرقة بزيادته المبتاع عرضًا أو عينًا بعد كيله الطعام جائزة، وكذا بزيادة المبتاع إياه عرضًا أو طعامًا وإن تفرقا لم أحبه.

ابن رُشْد: لا يعتبر تفرقهما وغيبة المبتاع على الطعام إلا في زيادة المبتاع لا البائع حسبما نبينه وتحصيلها: إنهما إن تقايلا قبل كيل الطعام لم تجز بزيادة أحدهما بحال، إلا أن يكون المبتاع هو المستقيل بزيادة مثل الثمن لذلك الأجل فيجوز؛ لأنه يصير قد أدى الثمن ووهب الطعام، وإن تقايلا بعد كيله، وقبل قبضه المبتاع أو شيئًا منه وقبل قبض البائع الثمن أو شيئًا منه جازت الزيادة من كل منهما للآخر إن لم يكن في نفس الإقالة على الزيادة فساد فتجوز بزيادة البائع عرضًا أو عينًا نقدًا أو إلى أجل إلا بزيادة من صنف الطعام المبيع فلا تجوز بحال من غير صنفه تجوز نقدًا إن كان الثمن حالًا اتفاقًا وإن كان مؤجلًا فقولان: في الواضحة بناء على أن انحلال الذمم بخلاف انعقادها فلا يراعى الأجل ؛ لأنهما قد تبارءا أو كانعقادها فيراعى وإن تبارءا وتجوز بزيادة المبتاع من صنف الثمن إلى الأجل نفسه لا نقدًا ولا إلى أبعد من الأجل؛ لأنه في النقد ضع، وتعجل وبيع وسلف، وعرض وذهب بذهب لأجل في التأخير لأبعد من الأجل بيع وسلف وذهب وعرض بذهب لأجل، وتجوز بزيادة ما شاء من عرض أو طعام نقدًا لا إلى أجل مطلقًا لأنه في نقد الزيادة شراء لها مع الطعام بثمنه، وفي تأخيرها فسخ دين في دين ولا تجوز بزيادة دنانير، والثمن دراهم ولا دراهم، والثمن دنانير ولو نقدًا وإن حل الثمن أو كان حالًا جازت بزيادة ما يشاء من، عرض أو عين أو طعام من صنف طعامه أو غيره نقدًا إلا أن يكون ورقًا فلا، إلا أن تكون أقل من صرف دينار، على قول ابن القاسم: ولا تجوز بزيادة شيء إلى أجل لأنه يدخله فسخ دين في دين، وأما بعد غيبة المبتاع على الطعام أو بعضه فلا يجوز في جميعه بزيادته شيئًا؛ لأنه سلف بزيادة وكذا إن غاب البائع على بعض الثمن فلا تجوز على زيادة المبتاع شيئًا؛ لأنه سلف بزيادة هذا إن كان البيع لأجل، وإن كان نقدًا جاز؛ إذ لا يتهم في بيع النقد إلا أهل العينة على ما له في

رسم كتب عليه ذكر حق، وهو دليل قوله في هذا السماع، وإن تفرقا فلا أحبه إن كان الثمن لأجل، وحكم المثلي من غير الطعام كالطعام إلا في رعي بيعه قبل قبضه، وحكم العرض والحيوان في هذا كالمثلي إلا في رعي الغيبة عليه لمعرفة عينه بعد الغيبة عليه.

وسمع عيسى: من باع ثوبًا بعشرة دنانير لشهر فأقاله مبتاعه على سلف عشرة دنانير لأبعد من الأجل أو لأجل، دونه لا خير في إقالته به يدخلها بيع وسلف، إلى الأجل نفسه كرهه قوم وأجازه آخرون واتقاه مالك، وأنا أكرهه ولا أحرمه.

ابن رُشْد: إن أقاله على سلفها حالة أو لأجل غير الأجل أو أقل منها أو أكثر لم يجز اتفاقًا؛ لأنه صريح البيع والسلف، وفي قوله: يدخله ذلك نظر لا يقال: يدخله ذلك إلا فيما ظاهره الصحة ومآله لذلك، وأما إن أقاله على إن أسلفه العشرة للأجل نفسه فأجازه أشهب وحمله لما رجعت إليه سلعته بعينها كأنه اشتراها بالعشرة التي دفع إليه فإذا حل الأجل أخذه بالعشرة التي كان باعه بها وذكر السلف لغو ومن كرهه اعتبر فساد اللفظ.

وقول أشهب أظهر لأن استقامة الفعل تلغي قبح اللفظ وهو نص قول مالك فيها.

وفي غررها: من باع سلعة غائبة لا يجوز النقد فيها؛ لم تجز الإقالة منها بمثل ثمنها أو أقل أو أكثر؛ لأنها إن كانت سالمة في البيع الأول فقد بعت سلعة غائبة بها في ذمتك من ثمنها فهذا من ناحية الدين بالدين.

سَحنون: هذا على قول مالك إن ما أدركته الصفقة من المبتاع.

التونسي: في الموازيَّة هو على القولين معًا؛ لأنه رأى الضمان، وإن كان من البائع فالدين في ذمة المشتري حتى تهلك السلعة، والأصوب قول سَحنون ولو كان كما قال محمد لما صح قولها بإجازة الإقالة من أمة في المواضعة على زيادة توقف؛ لأن ثمن الجارية في ذمته حتى تهلك أو يثبت حملها، ولم يعترض محمد مسألة الجارية، ورجح ابن محرز قول محمد وأجاب عن التمسك به بمسألة الجارية بأن إبقاءها في هذا الموضع إنما هو لخوف ظهور حمل بها من بائعها فيكون المشتري عاوض وربح فيما لا يملك، ولو نزل بها في زمن وقفها عيب لم يضمنها المشتري؛ لأنها ليست بسبيل المواضعة إنما هي

لخوف الحمل فقط، وإلا فهي على ملك بائعها.

اللخمي: أجاز أشهب الإقالة في الأمة الغائبة على أصله في جواز أخذ سلعة غائبة عن دين وأجازها يحيي بن عمر، لبراءة الذمة.

المازري: ويصححه كون الإقالة حل بيع.

قُلتُ: وما جزم به ابن محرز في طرو العيب جعله التونسي محل نظر فقال: انظر لو أقاله من الأمة في المواضعة بزيادة من البائع فحدث بها عيب ولم يظهر بها حمل فقال البائع: أردها للعيب عليك فتردها أنت علي وتسقط الزيادة أو لا تكون له حجة بهذا؛ لأن المشتري يقول بضمانها لم يزل منك وأنت قد رغبت في ردها بما أربحتني، وإنما وقفها خوف حملها فيسقط الربح لأن أم الولد لا يصح بيعها ولم توقف لحدوث عيب؛ إذ عيوبها منك.

الصقلي: قول يحيي بن عمر: إنما يجب وقف الزيادة إن كان البائع وطئها وإلا فلا بأس بتعجيلها.

وقال شُيُوخنا: سواء وطئها أو لا؛ إذ قد يظهر بها حمل من غيره فإذا ردها المشتري ذهب النفع بالربح باطلًا.

المازري: قد ينفصل يحيي عن هذا بأن الحمل إن كان من السيد وجب ردها شرعًا، فكان الثمن تارة سلفًا وتارة بيعًا، وإن كان من غيره لم يجب ردها، وجاز تمسك المشتري بها فلم يلزم كون الثمن تارة بيعا وتارة سلفًا.

قُلتُ: يرد بأن حاصله إن احتمال كون الثمن تارة بيعًا وتارة سلفًا، في وطء بائعها أقرب منه في عدمه لتوقفه في وطئه على ظهور حملها فقط، وتوقفه في عدمه على ظهور حملها وعلى إرادة المشتري ردها، ومسائل المذهب دالة على أن مطلق احتمال كون العقد مشتملًا على البيع تارة الثمن بيعا وتارة سلفا مانع كونه في بعض الصور أرجح لا يوجب لغوه، وحيث كونه ليس أقرب كالحكم الثابت في صورتين هو في أحدهما أرجح، ويرد جواب ابن محرز عن مناقضة التونسي قول محمد في الأمة الغائبة بموافقته على جواز الإقالة في الأمة المتواضعة بزيادة توقف بأن حاصل جوابه زعمه أن الإقالة مقبوضة لبائعها بنفس الإقالة فلا يكون آخذا شيئًا مؤخرًا عما لزم ذمة المشتري بنفس

العقد وإن وقفها إنما هو لطيب ربحها بعدم ظهور حملها؛ لا لأنها في ضمان مبتاعها؛ بل هي من بائعها فيما يظهر بها من عيب، وهذا كله موجود في الأمة الغائبة؛ لأنها بعد الإقالة من بائعها ضرورة التفريع عليه، فإن قيل: تأخير القبض في الغائبة حسي فلا ترفع ما يفيته للأخذ عن دين كون ضمان المؤخر قبضه من قابضه.

قُلتُ: وكذا الأمة المتواضعة تأخير القبض فيها حسي لأجل الزيادة وما جزم به من كون العيب من البائع أظهر أنه من المبتاع؛ لأنه يرجحه فيها بائع لها فيلزمه حكم من باعها، وكون ضمان عينها الحادث ملزومًا لضمان بائعها أولا يمنع اعتبار الحكم المرتب على ذلك، وهو سقوط الربح عن بائعها من حجته ردها عليه بالعيب الحادث نقضًا لبيع الربح، فإذا ردها عليه بعد ذلك؛ لكونها في المواضعة لأجل البيع الأول منه لم يأخذ منه غير الثمن الأول، وهذا كقولها فيمن باع عبدًا ممن ابتاعه منه بأزيد من ثمنه ثم ظهر به عيب قديم وبائعه غير مدلس، له رده على مبتاعه فتسقط عنه الزيادة. وفي نوازل سَحنون من جامع البيوع: من أقال من عبد غائب اشتراه على الصفة بشرط أنه منه إن أدركته الصفقة لم تجز إقالته خوف كونه أدركته الصفقة فيكون الثمن دينًا عليه لبائعه ففسخه في عبد لم يقبضه وإن كان على أن الضمان من بائعه فلا بأس بها إذ لم يجب به على المبتاع دين.

ابن رُشْد: الإقالة من الغائب المشتري على الصفة شرط ضمانه من مشتريه بالعقد إن كان على الصفة يومئذ أو على القول إن الضمان منه إن لم يشترط على البائع لا تجوز اتفاقًا؛ لأنه دين في دين، وأما على أن الضمان من البائع إما بشرط المبتاع ذلك، وإما بأن الحكم أوجبه فاختلف فيه أجازه هنا سَحنون لأن يكون الضمان من البائع لم يجب على المشتري دين له عليه فيكون قد فسخه في شيء لم يقبضه فصار ذلك حلًا للعقد الأول، وقاسه أيضًا على إجازة ملك الإقالة من جارية في المواضعة بربح إذا لم ينتقد ولم يجز ذلك.

في المدَوَّنة: قال في التفسير الثاني: لأن السلعة للمشتري وإن كان الضمان من البائع، ألا ترى أنه لا يقر على بيعها من غيره ولا يرجع في بيعه فأشبه ذلك بيع الغائب، وقول سَحنون أظهر؛ إذ لا فرق بين الإقالة من التي في المواضعة والغائبة على القول:

إن الضمان من البائع إلا من وجه أنه لم يختلف أن ضمان التي في المواضعة من البائع، واختلف في الغائبة، ومن مذهبه مراعاة الخلاف، وقد تأول قول مالك في المدَوَّنة على مذهبه، فقال في قوله هنا إن الإقالة لا تجوز؛ لأنها دين بدين على الحديث الذي جاء في السلعة إن أدركتها الصفقة قائمة مجتمعة، وليس بصحيح؛ بل لا تجوز الإقالة فيها عند ابن القاسم وروايته كان الضمان من البائع أو المبتاع يبين ذلك من مذهبهما ما ذكرته بما وقع في التفسير.

اللخمي: من اشترى طعامًا قريب الغيبة وشرط النقد جازت فيه الإقالة وإن بعدت غيبته بحيث لا يجوز فيه شرط النقد فيختلف هل تجوز الإقالة؛ لأن الذمم تبرأ من الآن أو لا تجوز؛ لأنه أخذ غائب عن دين فيكون فسخ دين في دين وبيع طعام قبل قبضه.

وقال محمد: إن قال: أقيلك على أن تقيلني أو تشركني أو توليني لم يجز؛ لخروجهما عن المعروف للمكايسة فهو بيع الطعام قبل قبضه، ثم قال: إن أقاله على أن يقيله ورأس أموالهما سواء والطعامان سواء، جاز لمآل أمرهما إلى بيع أحد الطعامين بالآخر لأنه لم يخرج أحدهما للآخر شيئًا.

قُلتُ: هذا خلاف منعها مقاصتهما ووفاق لقول أشهب لجوازها.

[باب التولية]

التولية: تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه[1]، وهي في الطعام غير جزاف قبل

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه) صير الجنس هنا تصييرا لا تركا وسره والله أعلم أن الإقالة فيها رد للبائع فكأن المشتري أسقط حقه فيما ثبت حقه فيه للبائع فهو رجوع لأصل فناسب الترك في الحق والأجنبي لا حق له قبل ذلك فيناسب التصيير من المشتري له ولو قال تصيير مبيع لغير بائعه بثمنه فربما نقض ذلك بالشريك إذا شفع من يد المشتري فإنه يصدق فيه تصيير مبيع لغير بائعه بخلاف إذا قال: تصيير مشتر ما اشتراه إلخ فلا يدخل فيه الأخذ بالشفعة فتأمله؛ لأن المشتري لم يصير للشفيع شيئا ولا يقال يرد على رسمه صورة من اشترى من المغنم ثم جاء رب ذلك وعرفه فإنه يأخذه بثمن المشتري فيصدق عليه أن المشتري صير لغير البائع المشتري بثمنه لأنا نقول نمنع أن المشتري صير ذلك؛ بل جبر عليه والتصيير فيه اختيار منه للتولية لا جبر،

كيله رخصة للحديث، وشرطها كون الثمن عينًا.

الصقلي عن ابن حبيب: ما ثمنه إجارة أو كراء لا تجوز توليته مضت المدة أم لا عمل أم لا؛ لأن الأعمال تختلف، وقاله ابن الماجِشُون وأشهب وله عزاه محمد وابن عبدوس، ورواه محمد، وكذا لو كان الثمن عرضًا، وللبرقي عنه لو اشترى ذلك العرض أجنبي جازت توليته به.

عبد الحق: ومنع ذلك الشَّيخ أبو الحسن، وروى البرقي جوازه، وقاله بعض شُيُوخنا، ولابن القاسم من قبض بعض طعامه من سلم عند حلوله لم يجز أن يولي ما بقي منه أو ما أخذ منه أو بعضه أو ما قبض منه مع ما بقي.

الشَّيخ: كذا في الموازيَّة أو ما أخذ معطوفًا بـ(أو)، وأرى الألف غلطًا إنما هو وما أخذ، وكذا في سماع عيسى ابن القاسم لا بأس أن يولي ما بقي مع ما أخذ وكذا في الواضحة.

ابن رُشْد: لم يجز في الموازيَّة التولية فيما بقي، ووجه ذلك أن ذمته قد تضعف بقبض الخمسين منه فلا تكون قيمة الخمسين الباقية مثلها.

قُلتُ: فهي في العتبيَّة على أن الطعام مائة إردب قبض **نصفها** وولى نصفها.

قال: ابن رُشْد: لم يجز في الموازيَّة التولية في الخمسين الباقية، ووجهه أن ذمته قد تضعف بقبض الخمسين منه فلا تكون قيمة الخمسين الثانية إلا أقل من نصف ثمن الجميع فإذا ولاها بنصف الثمن كان أخذ فيها أكثر مما يجب لها فيكون بيع الطعام قبل قبضه.

وسمع عيسى ابن القاسم: من ابتاع سلعة أو طعامًا فأشرك فيه عند مواجبة البيع أو ولاه فتباعته على البائع الأول وإن باعه إياه فتباعته على المشتري الأول إلا أن يشترطها على البائع الأول بحضرة البيع الأول فذلك جائز، ومن ابتاع سلعته فانقلب بها أو فارق بائعها ثم أشرك فيها أو ولاها فتباعته على الذي أشركه أو ولاه أو باع منه.

ابن رُشْد: فرق هنا بين التولية والشركة وبين البيع في السلع المعينة، وقيل: الكل

والله سبحانه أعلم ورحمه الله وهي رخصة في الطعام قبل كيله وشرطها كون الثمن عينًا.

سواء العهدة في الجميع على المولى والمشرك إلا أن يشترط على البائع الأول، قاله مالك في الموطأ، وأَصْبَغ في نوازله من جامع البيوع، وظاهر سماع عيسى في العيوب وقول ابن حبيب، في الواضحة أنه لم يرها في التولية والشركة على البائع الأول إلا أن يكون أشركه أو ولاه نسقًا بالبيع قبل أن يثبت بينهما ولا خلاف في هذا الموضع، وتحصيلها أنه إن باع بحضرة البيع فالعهدة على البائع الثاني اتفاقًا واختلف إن شرط البائع أنها على البائع الأول فظاهر قول ابن القاسم في هذه الرواية إن ذلك جائز وللبائع لازم؛ ومعناه عندي إن باعها بمثل الثمن الذي اشتراها به أو أقل وإن كان أكثر لم يلزم البائع الأول إلا برضاه إن رضي كان حميلًا عن البائع الثاني بالزائد إن عرض استحقاق.

وقال ابن حبيب: إن ذلك لا يجوز؛ لأنها ذمة بذمة إلا أن يشترطها برضاه على وجه الحمالة إن رضيها ونزل استحقاق رجع المشتري الثاني بقدر الثمن الأول على من شاء منهما اتفاقًا لأنه غريم غريمه إن رجع على الذي باعه فلمن باعه أن يرجع على الأول وما زاد على الثمن الأول لا يرجع به على الأول إلا في عدم الذي باعه على حكم الحمالة وإن ولاه أو أشركه بحضرة البيع ففي كونها على المشرك أو المولى إلا أن يشترطها على البائع الأول أو عليه، وإن لم يشترط عليه قولان، وإن طال الأمر وافترقا فالمشهور أنها على البائع الثاني للمبتاع والمشرك والمولى، ولا يجوز شرطها على البائع الأول إلا برضاه على وجه الحمالة فيكون للمبتاع الثاني والمشرك والمولي الرجوع على من شاء منهما بما للثاني أن يرجع به على الأول ولا يرجع على الأول بما ليس للثاني أن يرجع به عليه إلا في عدمه على حكم الحمالة.

وروي عن مالك جواز شرط العهدة عليه، وإن كان غائبًا إن كان معروفًا؛ يريد ولا يرجع عليه إن طرأ استحقاق إلا بما زاد على الثمن الأول.

قال: وإن لم يكن معروفًا فسخ البيع ثم رجع، فقال: الشرط باطل إن لم يكن حضرة البيع، ففي جواز شرطها في البيع على البائع الأول، فيلزمه ولو افترقا وطال الأمد ومنعها، ولو كان بحضرة البيع إلا برضاه حمالة ثالثها: إن شرطها بحضرة البيع قبل الافتراق والطول، وفي الشركة والتولية قولان على من يكون بالحضرة وقولان في جواز شرطها على البائع الأول بعد الافتراق والطول، وقيل: إن لم يطل فلا يراعى

الافتراق، ويجوز شرطها على البائع الأول، وهو ظاهر قول أَصْبَغ في نوازله من جامع البيوع.

وفيها: إن أسلمت في طعام أو عرض ثم أقلت من ذلك أو وليت ذلك رجلًا أو بعته إن كان مما يجوز بيعه لم يجز أن تؤخر بثمنه من وليته أو أقلته أو بعته يومًا أو ساعة ولو بغير شرط؛ لأنه دين بدين ولا تفارقه حتى تقبض الثمن كالصرف.

عبد الحق: قال بعض أصحابنا القرويين: يسوى بين بيع ذلك من المدين أو من أجنبي، فأما بيعه من المدين فهو فسخ دين في دين، وبيعه من أجنبي أخف؛ لأن ذمته لم تكن مشغولة، وقد أجاز تأخير رأس مال السلم عينًا ثلاثة أيام، ونحوها غير أن هذه أخف لأن إحدى الذمتين في بيع ما في الذمة كانت مشغولة بالدين، وهذه لم تكن فيها ذمة مشغولة بدين وأجاز في الموازيَّة تأخير ثمن الدين اليومين والثلاثة كالسلم.

اللخمي: معروف المذهب أن الإقالة أوسع من الصرف تجوز المفارقة فيها ليأتي بالثمن من البيت وما قارب ذلك، والتولية أوسع من الإقالة لا يجوز فيها شرط تأخير اليومين اتفاقًا واختلف هل يجوز شرط تأخير اليومين والثلاثة في التولية، ثم قال: من ولي طعامًا كان دفع رأس ماله بفور عقده لم يجز تأخير قبضه.

قُلتُ: تأخير القبض في الإقالة أشد لاتحاد الذمة، وفيه خلاف تقدم تخريج تأخيره في التولية أحروي، قال: وإن كان السلم بتأخير رأس ماله ثلاثة أيام والتولية بفور العقد لزم تأخيره المولي إليها، وإن ولاه بعد مضيها فقولان: أحدهما: إن إطلاق التولية يقتضي التأخير لمثل ذلك وشرط التعجيل يفسدها، والآخر أنها تقتضي التعجيل، وشرط التأخير يفسدها، وهذا قياس على الشفعة في الشراء بثمن مؤجل يقوم الشفيع بعد مضي الأجل؛ لأن الشفيع إنما يستشفع بمثل ذلك الثمن وكذا التولية.

المازري: وإن ولاه بفور العقد بشرط تعجيل النقد لم يجز، ولو ولاه على تأخيره الأيام التي شرط تأخيرها لنفسه لمنع على مذهب المدَوَّنة. إن بيع الدين المستقر في الذمة لا يجوز بشرط تأخيره اليوم واليومين، وأجرى بعضهم المسألة على الخلاف فيمن اشترى شقصًا بثمن مؤجل، وقام الشفيع بعد حلوله فذكر ما تقدم للخمي، ثم قال: وهذا قد لا يصلح؛ لأن تغيير الأثمان يصح في الشفعة بالتراضي ولا يصح في التولية،

وقد أشرنا إلى أن التأجيل يقتضي اختلاف الثمن فيمنع التولية دون الشفعة؛ لأن من اشترى شقصًا بعرض أخذ الشفيع بقيمته، وقيمته جنس مخالف له والذمم تختلف.

اللخمي: من اشترى طعامًا بثمن مؤجل ففيها لابن القاسم جواز توليته ومنعه هو وأشهب في الموازيَّة.

أشهب: لأن الدين كالعرض.

ابن حبيب: لأن الذمم تختلف، وعزا المازري الأول لمالك، وخرج القولين على لغو اختلاف الذمم واعتبارها.

قُلتُ: فعلى تعليل أشهب تمنع ولو تساوت الذمتان، قال: ولو أسلم عشرة دنانير في طعام، ثم زاد المسلم إليه دينارًا.

فقال محمد: مرة تجوز توليته على أحد عشر دينارًا، ثم قال: لا تجوز بحال، والأول أحسن لأن الدينار ألحقه بالثمن لو كان ذلك في سلعة ثم استحقت رجع بأحد عشر دينارًا، ونقل المازري الجواز مقيدًا بإعلام أن الزيادة تطوع.

اللخمي عن محمد: ومن أسلم في طعام بحميل أو رهن، فولاه رجلًا على إسقاط الحمالة لم تجز وإن أسقط ذلك قبل ثم ولاه جاز، إن بين أنه أسقط ذلك عن بائعه بخلاف الزيادة، إذا أسقطت؛ لأن الثمن هنا على حاله إنما أسقط ما كان من التوثق وليس ذلك من الثمن.

المازري: عورض محمد بأن الثمن لم ينفك عن تعمير، وإسقاط الحميل والرهن قبل التولية كإسقاطه في عقدها.

أجاز في المجموعة لمن أسلم في قمح وشعير وعدس: أن يولي صنفًا لما ينوبه، وتتخرج عليه الإقالة والشركة وعلى قول سَحنون: تمنع الإقالة في أحد ثوبين أسلما في طعام خوف الغلط في التقويم لا تجوز التولية في أحد الأصناف.

وفيها: من ابتاع طعامًا فاكتاله ثم ولاه على تصديقه في كيله جاز وله وعليه المتعارف من زيادة الكيل ونقصه.

اللخمي: إن ولاه بعد أن اكتاله ولم يغب عليه لم يكن عليه كيله، وإن غاب عليه فعليه كيله.

ابن حبيب: وضمانه منه، وإن لم يغب عليه حتى يكتاله المولى، وأرى أن لا كيل على المولى إذا لم يغب عليه؛ لأنه يقول للمولي: قد عاينت كيله، فإن كان على الوفاء فهو حقي، وإن كان فيه بخس فقد رضيته لنفسي، وعليه دخلت أنت كما لو اشتريت سلعة فاطلعت على عيب بها فوليتها إياك وأنت عالم بالعيب.

قُلتُ: الأظهر حيث تكون العهدة عليه فالكيل كذلك، وحيث تكون على البائع، الأول؛ فلا كيل عليه.

قال عن محمد: إن قال: أوليك على أن توليني أو أشركك على أن توليني؛ لم يجز لخروجهما عن المعروف إلى المكايسة.

والتولية: فيما صح بيعه بحاله، بيع في ثالث سلمها الأول من ابتاع طعامًا كيلاً بثمن مؤجل فلم يكتله حتى ولاه بثمنه إلى الأجل جاز، وإن شرط تعجيله لم يجز، ولو ولاه بعد أن اكتاله وشرط تعجيله جاز؛ لأنه بيع مؤتنف وإن لم يشترط تعجيله لم يكن له أخذه بالثمن إلا إلى أجله ولو اشترى سلعة ثم ولاها غيره ولم يسمها له ولا ثمنها فإن كان على الإلزام لم يجز وإلا جاز؛ لأنه معروف يلزم المولي دون المولى كما لو بعت منه سلعة في بيتك بمائة ولم تصفها له على الإلزام والخيار.

[باب الشركة]

الشركة هنا: جعل مشترٍ قدرًا لغيره باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من ثمنه[1]،

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (الشركة هنا) احترز بذلك من الشركة المترجم عليها بكتاب الشركة، والإشارة بقوله هنا إلى فصل الإقالة والتولية أي: الشركة المذكورة معهما، ثم قال: جعل مشتر صير الجنس للشركة جعلا، وتأمل كيف عبر في الإقالة بالترك وفي التولية بالتصيير، وفي الشركة بالجعل، ويظهر في ذلك أما الإقالة فتقدم أنه يناسبها الترك لما قدمناه، والتصيير يناسب التولية والجعل بمعنى التصيير وهو يناسب الشركة والتولية كما قدمنا ولو قال جعل فيهما لكان أخصر فيما يظهر قوله: (مشتر قدرا لغيره) أخرج به التولية فإنها في جميع المشتري.

قوله: (باختياره) أخرج ما إذا اشترى المشتري نصف شقص ثم استحق نصفه من يده أو أخذه الشفيع فإنه يصدق عليه جعل المشتري قدرا لغيره لكنه بغير اختياره وعندي إن أراد الشَّيخ ذلك ففيه بحث؛ لأن المشتري لم يجعل ذلك للأجنبي في الأخذ بالشفعة؛ لأن حكمها حكم الاستحقاق لا حكم البيع ولعل الشَّيخ رأى أن حكمها حكم البيع؛ لكنه جبر على الأخذ من يده، فيقال: وإن كانت بيعًا وجبر فيه فلم يجعل إلا أن يقال: جعل مجبرًا لا مختارًا وتأمل هذا مع ما أجبنا به في التولية قوله: (لنفسه) أخرج به ما إذا اشتراه لغيره كالوكيل، فإنه لا يفعل ذلك إلا بنص وتأمل لأي شيء لم يقل لنفسه في التولية قوله: (بمنابه من ثمنه) أخرج به إذا اشترى سلعة بدينار، ثم جعل لأجنبي فيها الربع بنصف دينار فإن ذلك لا يصدق عليه شركة هنا.

(فإن قلت): إذا قال المشتري: أشركتك بالثلث أو النصف فإن الحد يصدق على ذلك لأن القدر قد علم وإذا قال: أشركته فقط فهذه شركة لم تبن قدرا فتخرج من الحد والقصد خروجها أو يقال بدخولها والحد غير جامع (قُلتُ): إذا أطلق لفظ الشركة فالمنقول عن الأشياخ أن القدر معلوم، ويحمل على المساواة وقيل بالإجمال ويقع السؤال والله سبحانه أعلم وهو الموفق للصواب بمنه وفضله ورضي الله عنه ونفع به.

(فإن قلت): الإقالة والشركة والتولية هل حكمها حكم البيع ولوازم البيع فيها أم لا فإن قلت بذلك فليقل في جنس الجميع عقد معاوضة، ويذكر مع ذلك ما يخص به المحدود عن غيره من خواصه أو يقول: بيع إلخ ، وإن لم يقل بذلك فلم يقل بعمومه في الجميع أحد (قُلتُ): قد ذكروا من ذلك مسائل تدل على أن الحكم فيها حكم البيع ونصوا على أن ذلك إنما هو معروف من المشتري وليس القصد المكايسة. قال بعض الشُيُوخ: ولو قال المشتري: وليتك كذا بعد الشراء على أن توليني كذا لا يجوز ذلك لأنها خرجت عن أصل المعروف.

(فإن قلت): قد قال في المدَوَّنة إذا اشتريت سلعة بعينها فلم تقبضها حتى أشركت فيها فهلكت قبل قبضه إياها فضمان ذلك منكما فظاهر من هذا أنها في حكم البيع (قُلتُ): هذا قد اعترضها سَحنون

هي في الطعام المكيل أو الموزون قبل الكيل والوزن رخصة.

التونسي: اتفاقًا.

وفيها: أجمع أهل العلم على جوازها فيه، وروى أبو الفرج منعها، وعلى الجواز لو كان الثمن مؤجلًا، ففي جوازها قولان لها، ولابن حبيب مع محمد عن ابن القاسم وابن محرز عنه مع أشهب وهي بزيادة قدر أو تعجيل أو عكسه مردودة.

محمد: وكذا شرطها بأمر شركة أو تولية أو إقالة.

اللخمي: من قبض بعض سلمه في طعام لم تجز شركته غيره فيما قبض وما لم يقبض، ويختلف فيما لم يقبض فقط.

اللخمي: ومن أشرك في طعام بعد كيله قبل غيبته عليه غيره فلا كيل له عليه.

وفيها: إن ابتعت سلعة بعينها فلم تقبضها حتى أشركت فيها رجلًا فهلكت قبل قبضه إياها، أو ابتعت طعامًا فاكتلته ثم أشركت فيه رجلًا فلم تقاسمه حتى هلك الطعام فضمانه منكما، وترجع عليه بنصف الثمن.

عياض: أنكرها سَحنون وحكى فضل في التولية أنها من المولى حتى تكتاله وكذلك ينبغي أن يكون من المشرك، وعليه حمل إنكار سَحنون المسألة.

أبو عمران: لا يعرف هذا إلا من فضل وقول ابن القاسم إنه من المولى بنفس العقد، دخل في ضمانه كمشتري صبرة جزافًا وقد سوى في الكتاب بعد هذا بين التولية والشركة في وجود النقص، قال: على المولي نقصانه، وله زيادته إذا كان من نقص الكيل، وزيادته ليس ذلك للذي ولي، وإن كان كثيرًا وضع عنه بحسابه، ولم يكن عليه ضمان ما نقص، والشركة مثله.

فضل: انظر سوى بينهما في النقص الكثير. وقد قال في الشركة: لو تلف الطعام قبل قبض المشرك كان منهما، وصوب اللخمي قولها وعزاه لابن حبيب.

ابن محرز: هذه تدل على أن ليس على المشرك أجر الكيل، وكذا ينبغي في الإقالة،

وللشُيُوخ فيها كلام يخص المدَوَّنة انظره وغالب مسائلهم أنها من المعروف وتأمل ما حد به المرابحة وما أشرنا إليه هناك فإنه يناسب ما هنا، والله أعلم.

والتولية إذ هما معروف كالشركة، وكذا ينبغي في القرض والهبة، وإن وجدوا زيادة أو نقصًا فلهم وعليهم بخلاف البيع ذلك للبائع وعليه إلا أن يشتريه على التصديق فيكون للمشتري وعليه.

قُلتُ: إنما يكون للمشتري وعليه المتعارف من ذلك وما زاد على ذلك فللبائع وعليه، هذا نصها في السلم الثاني لا أعلم فيه خلافًا.

قال: واختلف فيمن وهب أقساطًا من دهن جلجلانه على من عصره فيجري على الخلاف فيما ذكرناه، ولم يجعل الطعام في الشركة إن لم يكن قبض ثمنه كالمحتبسة في الضمان، لما كان أصل الشركة، معروفًا وتأول بعض المذاكرين مسألة الكتاب على أن الهلاك ببينة ولو كان بدعواه لجرى على الخلاف في المحتبسة، والصواب ما ذكرناه؛ لأنه كما لم يقف الضمان على الكيل؛ لأن أصل الشركة معروف، أحله محل نفسه في عقده، فكذا لا يقف على قبض الثمن.

المازري: فرق ابن حبيب فقال: في الشركة كقولها، وأوجب في التولية والإقالة الكيل على المقيل والمولي إن غابا على الطعام فإن لم يغيبا لم يجب على المقيل، ويجب على المولي ولا وجه لهذه التفرقة.

قُلتُ: في لزوم الكيل بعقد الشركة كالبيع القولان:

أما كيل القسم فبينهما اتفاقًا.

قال ابن محرز: لو شرع في القسم معه فكان له بعض ما أشركه ثم هلك باقي الطعام لرجع الذي لم يكتل بنصف ما اكتال صاحبه قاله محمد عن أشهب، ولو هلك الجميع أو غصب لكان لمن لم يكتل الرجوع على من اكتال بنصفه؛ لأنه ضمنه بكيله غاب عليه أم لا؟.

قُلتُ: قوله: رجع الذي لم يكتل بنصف ما اكتال صاحبه علله المازري بقوله: لأن من صار في يده ما اكتيل إنما يعلم استحقاقه لجميعه بعد كيل ما بقي فإن ضاع ما بقي قبل أن يستحق هو ما في يده بقيا على حكم الشركة في الجميع.

قُلتُ: مقتضاه إنه لو كان معنى مقاسمتهما إن حظ المبتاع هو الباقي بعد كيله لمن أشركه دون افتقار إلى كيله لم يرجع المبتاع على من كال له فيما كاله له بشيء لتعينه له

بكيله، وهو صواب، وقول ابن محرز: لو هلك الجميع لرجع من لم يكتل على من اكتال له بنصفه مشكل؛ لأنه إن أراد أنه يرجع عليه بنصف الثمن، فهذا قد تقدم له عن قرب وخلاف سَحنون فيه، وإن أراد أنه يرجع عليه بنصف الطعام المكيل مع تلفه، وهو ظاهر قوله: غاب عليه أم لا فهو وهم، وإن كان المازري قد قبله؛ لأنه إن كان وجب له فلا حق للآخر فيه وإلا فهو بينهما فيجب كونه منهما فلا ضمان عليه فيه للآخر بحال، وتعليل المازري ضمان من اكتيل له حظ صاحبه بقوله: لأنه قبضه لنفسه ليستبد به، وبقي عليه حق التوفية لصاحبه مثل ما صار إليه هو، فلهذا رجع عليه صاحبه إذا ضاع ما لم يكتل، ويضمن هو ما اكتيل لأجل أنه وفى لصاحبه ما عليه من كيل مصادرة؛ لأن إحدى مقدمات ما أتى به دليلًا.

قوله: ويضمن هو ما اكتال إلخ مع إجمال في لفظه؛ لأن ضمير هو وأنه لا يعودان لشخص واحد فتأمله.

ولفظ الشركة نصًا في القدر واضح كأشركتك بثلثه لك ومطلقة **كأشركتك**، ولك شرك، ولا قرينة في وجوب حمله على المساواة وكونه مجملًا يجب تفسيره.

ثالثها: إن قال: معي.

للمازري عن الأشياخ وله مع اللخمي، عن نقلي ابن سَحنون فيمن قال فيما بيده لفلان فيه شرك أو شرك معي قال: والثاني أصل ابن القاسم قال: من أخذ قراضًا على أن له شركًا من الربح؛ فهو فاسد فجعله مجملًا، وقال غيره: هو جائز على النصف.

قُلتُ: وتمامها في القراض.

وفيها: من قال لرجلين: اشتريا عبدًا أشركاني فأشركاه كان بينهم أثلاثا؛ لأنهما أراد أنه فيه كأحدهما.

ابن محرز: قالوا هذا على أنه لقيهما معًا، ولو لقيهما منفردين لكان له نصفه.

الصقلي: في كونه كذلك وكون نصفه للثالث.

ثالثها: إن لقيهما معًا ولو لقيهما منفردين لكان له نصفه لها ولغيرها، وبعض أصحابنا قائلًا: لو تفاوت حظ الأولين لكان للثالث نصفه.

اللخمي: على قولها لو كان المشرك واحدًا فللمشرك نصفه.

قال: وقال ابن سَحنون أجمعوا على أنه إن وصل بقوله له شرك الثلث أنه مصدق، وإن قال: هو لي وله أو بيني وبينه وسكت، ثم قال له: الثلث، وقال الآخر: النصف، فذكر الخلاف المتقدم.

اللخمي: قوله: هو بيني وبينه، وله فيه حق، وله فيه شرك معي، أو دونه سواء، القول قول المقر فيما أراد، فإن خالفه الآخر أخذ ما أقر له به، وتحالفا في الجزء الذي اختلفا فيه على أصل ابن القاسم فيكون ذلك الجزء بينهما نصفين إن أقر بالربع، وقال الآخر: النصف أخذ الربع بإقراره وتحالفا في الربع فكان بينهما؛ لأن الإقرار بالربع إقرار منه بأن يد الآخر معه على العبد، وإن كان في بيت المقر، ولو كان الإقرار بطعام أو دراهم، وقال: كانت الشركة في نصفه هو الذي قبضت وأضفت إليه نصفًا، فالقول قوله، وإن قال: كانت أيدينا على جميعه إلا أن الذي لك الربع لم يقبل قوله، وسلم له الربع، واقتسما الربع بعد أيمانهما.

وفيها: ما اشتريت من عرض أو طعام؛ لم يجز أن تشرك فيه قبل قبضه أو بعده أحدًا على أن ينقد عنك؛ لأنه بيع وسلف.

اللخمي: إن نزل فسخ إلا أن يسقط السلف فإن كان من المشتري قال: اشتر وأشركني وانقد عني أو اشتر وأشركني، ثم بعد العقد قال: انقد عني جاز في كل شيء حتى الصرف، والشراء إلى أجل؛ لأن الشراء انعقد عليهما معًا.

المازري: لأن متولي العقد كالوكيل للآخر على شراء النصف، والوكيل يجوز أن يوكل على العقد وعلى دفع الثمن من عنده سلفًا إن لم يقصد به نفع نفسه.

اللخمي: ولو اشترى لنفسه فبعد العقد قال: أشركني وانقد عني أو أشركني فلما أشركه قال: انقد عني لم يجز في الصرف، وجاز في العروض وإن لم يكن سلمًا في ذمة أشركه بشرط النقد أو تطوع به بعد أن أشركه، وإن كان سلمًا فأشركه على أن ينقد عنه لم يجز، وإن أشركه بغير شرط ثم رضي أن ينقد عنه جاز، والجواب في الصرف صحيح؛ لأن الشركة في هذه الوجوه كابتداء بيع والتطوع بالصبر في الصرف لا يجوز، ومحمل قوله في العروض سلما في ذمته يمنع الشركة بشرط النقد على القول في التولية أنها لا تجوز إلا أن ينقد ويجوز على القول الآخر بتأخير النقد اليومين والثلاثة كرأس

مال السلم.

المازري: إنما لم تجز الشركة في العروض سلمًا في ذمة بشرط أن ينقد عنه؛ لأن الجزء الذي أنعم له بالشركة به بيع له منه، وبيع الدين لا يجوز تأخير ثمنه، قاله في المدَوَّنة. وتقدم عن الموازيَّة جواز شرط تأخيره اليوم واليومين كرأس مال السلم، وكذا الحكم هنا، وأما إن سأله في الشركة فأنعم له ثم سأله النقد عنه فهذا ينبغي منعه لما أشرنا إليه من كون ثمن الدين لا يجوز تأخيره ولو بغير شرط في العقد.

اللخمي: وأما الطعام فقال: إن كان حاضرًا لم يجز أن يشركه على أن ينقد عنه، وإن أشركه بغير شرط ثم قال: انقد عني ولم يكن الأول نقد جاز، وإن كان نقد لم يجز.

ولابن القاسم أيضًا: لا بأس إذا سأله بعد أن ينقد عنه ولم يراع نقد الأول أولًا، وعلل المازري منع أن يشركه على أن ينقد عنه بكون الثمن المؤخر أقل قيمة من الثمن النقد، فصارت الشركة على خلاف رأس المال ووجه منع قوله: انقد عني بعد أن أشركه، وقد نقد بقوله: كأنهما اتهما على أنهما أبطلا عقد الشركة على شرط النقد، وأظهرا خلاف ذلك.

قُلتُ: الأصوب توجيهه بأنها شركة في طعام على تأخير ثمنه فهي شركة على خلاف رأس المال، وقوله: انقد عني مع كونه قد نقد مجاز عن قوله: أخرني.

اللخمي: وإن كان طعامًا سلمًا لم تجز الشركة إلا أن ينقد بالحضرة.

قال ابن القاسم: كالصرف حرفًا بحرف.

المازري: في الموازيَّة: إن أشركه ثم سأله أن ينقد عنه لم يجز إن كان نقد جميع الثمن وإن لم ينقد فمنعه في موضع وأجازه في آخر، ورأى أنه لما أشركه قبل نقد ثمنه، فكأنه عقد السلم شرط بينهما حتى صار كوكيل له، وهذا تقرير لا يتضح؛ لأن ثمن الطعام إنما وجب على مشتريه لا على المشرك.

اللخمي: وإن كان الطعام غائبًا لم يجز فيه شرك ولا تولية وإن كان معينًا؛ لأنه دين بدين.

قال محمد: إلا أن ينقد حصته.

قُلتُ: في كتاب المرابحة: سمع يحيي ابن القاسم: لا يجوز لمن اشترى طعامًا بعينه

غائبًا غيبة قريبة أن يولي منه أحدًا ولو لمن رآه كما رآه المشتري أو وصف له كما وصف للمشتري.

ابن رُشْد: إنما لم يجز لاختلاف الذمم؛ لأن المشتري لم ينقد؛ إذ لا يجوز نقده لغيبة الطعام، ومعنى قوله: غيبة قريبة مما لا يجوز النقد فيه، وكذا ذكره ابن حبيب إنما لم تجز إن كانت غيبة بعيدة أو يكون قوله هذا على منع النقد في الغائب، وإن قربت غيبته، وهذا أشبه بظاهر الكتاب، والخلاف الذي في مسألة من اشترى طعامًا بثمن مؤجل فولاه رجلًا قبل استيفائه داخل في هذه المسألة. وفي التفسير الأول سألت ابن القاسم لم كره مالك التولية في الطعام الغائب المعين؟ قال: لأنه دين بدين؛ لأنه وجب للمشتري وهو أحق به من البائع إن سلم فهو كدين له، فإذا ولاه لم يجز النقد فيه فصار دينًا بدين، وكذا لو استقال منه دخله الدين بالدين، والتولية أحرى أن يدخلها الدين بالدين، وكذا البيع لا يجوز بين البائع والمشتري في ذلك إقالة، ولا بيع في عرض ولاطعام لما يدخله من بيع الطعام قبل أن يستوفى الطعام، ولا بأس في العروض أن يبيعها المشتري أو يوليها أو يشرك فيها.

ابن رُشْد: هذا الذي وقع في التفسير متناقض غير صحيح قال: أولًا تولية الطعام الغائب يدخله الدين بالدين، ولو كان دينًا بدين لكان بيع السلعة الغائبة دينًا بدين فلم يجز بيع الغائب الذي لا يجوز النقد فيه بحال ولو كان دينًا بدين لم يجز في العروض وهو قد أجازه فيها في أحد قوليه وأجاز فيها الشركة والبيع أيضًا.

وقوله: إنما لا يجوز ذلك في الطعام؛ لأنه بيع الطعام قبل استيفائه، وهذا تناقض بين؛ لأنه قال: أولا يدخله الدين بالدين، وقال آخرًا: إنما يدخله بيع الطعام قبل استيفائه، ولا يتصور دخول بيع الطعام قبل استيفائه إلا على ما ذكرناه من خلاف الذمم.

وقوله: أحرى أن لا تجوز التولية، وهم؛ لأن الإقالة يدخلها فسخ الدين في الدين لوجوب الثمن للبائع على المبتاع ولأخذ سلعة غائبة عنه، والتولية لا يدخلها شيء من ذلك؛ لأنها بيع من غير الذي اشتراه منه قبل أن يقبضه فكذلك يجوز له أن يولي الطعام الغائب قبل أن يقبضه إذا انتقد من الذي ولاه مثل ما نقد فلا وجه لكراهة مالك تولية

الطعام الغائب سوى ما ذكرناه.

[باب بيع المساومة]

والبيع باعتبار طريق ثمنه إن علم قدره أقسام: بيع مساومة وبيع مزايدة، وبيع استرسال واستئمان وبيع مرابحة؛ لأنه إن لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمنه في بيع قبله، فهو مساومة(1).

[باب المرابحة]

وإن التزم مشتريه ثمنه لا على قبول زيادة عليه فهو مرابحة.

[باب المزايدة]

ومزايدة إن التزمه على قبولها.

[باب الاستيمان]

واستيمان إن كان على صرف قدره لعرف علمه أحدهما(2):

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بيع) جنس للمرابحة وغيرها قوله: (لم يتوقف ثمن بيعه المعلوم قدره) أخرج به بيع المرابحة قوله: (إن التزم) أخرج به بيع المزايدة وقوله: (ثمن مبيعه المعلوم قدره) أخرج به بيع الاستيمان فخرج من هذا الحد الاستيمان والمزايدة والمرابحة والله الموفق للصواب لا رب غيره رب الأرباب.

(2) قال الرَّصاع: أخرج بذلك المرابحة والمزايدة والمساومة وظاهر كلام الشَّيخ أنه يصح من جانب البائع والمشتري والمسألة فيها خلاف وحق الشَّيخ أن يقول على رأي كذا وعلى آخر كذا كما جرت عادته في مثله ولم يعين الشَّيخ رحمه في الحد تعين المبيع في العقد وقد ذكر الشَّيخ الخلاف فذكر عن طريق عياض أنه لا يحتاج إلى تعيينه في العقد، وذكر عن ابن رُشْد: أنه لا بد من تعيينه قال والخلاف بناء على أن الاستيمان في عرف الناس في نفس القدر أو كونه على عرف الناس قال وأكثر بياعات سوق العطارين في بلدنا على الوجه الأول وهو قول عياض أشار رَحِمَهُ اللهُ إلى أنه يأتي المشتري للعطار ويقول له أعطني بقراط فلفل وزعفران فيدخل العطار يده ويقرطس ولا يعينه له وهذا معنى القول الأول وإنما نبه الشَّيخ على ذلك إشارة إلى أن فيها مستندا فلا يغير إذا علم أنه قصدوه وتأمل هذا مع

عياض: أحسنها الأول لا تدخله دلسة التبريح وهو إدخال سلعة قديمة يرى ربها أنها طرية.

ابن القاسم: أو إدخال غير مجلوب فيه مالك أو غير تركة فيها.

قُلتُ: ومنه إدخال بعض أهل السوق بعض ما بحانوته للنداء عليه لوارد على السوق.

عياض: بيع الاسترسال والاستئمانة: هو أن يأتي الجاهل بقيمة السلعة وسعر الناس لمن يقول له أعطني بهذا الدينار أو الدرهم، كذا ويرد إذا أعطاه أكثر من سعر الناس إن لم تفت فإن فاتت ردت لسوم الناس قاله ابن حبيب وقصره على المشتري دون البائع، وأجراه غيره فيه، وسمع عيسى ابن القاسم من قال لبائع: بعني كما تبيع من الناس لم يصلح يفسخ إن كان قائمًا ويرد مثله إن كان مثليًا وإلا رد قيمته.

ابن رُشْد: لأنه بيع بثمن مجهول ولو قال: بعني كما تبيع من الناس فقال له: أبيع بكذا وكذا، فقال: قد أخذت، وقال الآخر: وأنا قد بعتك جاز، فإن كذبه فيما قال له فله الخيار في القيام، ورد القيمة في الفوت، وفي المقدمات: بيع الاسترسال: أن يقول: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة فيشتري منه بما يعطيه من الثمن.

وقال ابن حبيب: إنما يكون في الشراء أن يقول: بع مني كما تبيع من الناس لا في البيع، ولا فرق بينهما وليس قوله بصحيح قاله ابن رُشْد، في أول كتاب المرابحة، وفي آخره.

قُلتُ: ففي كون بيع الاسترسال الشراء أو البيع على عرف الناس في قدر البيع أو ثمنه دون تعيينه في العقد أو مع تعيينه طريقان لظاهر لفظ عياض، ونص ابن رُشْد مع سماع عيسى ابن القاسم بناء على أن الاسترسال والاستئمان في نفس القدر أو في كونه على عرف الناس وأكثر بياعات سوق العطارين في بلدنا على الوجه الأول وإن توقف اعتبار ثمنه على ثمن بيع قبله فهو بيع مرابحة.

كلام القباب والله سبحانه الموفق.

[باب المرابحة]

المرابحة: بيع مرتب ثمنه على ثمنٍ بيع يعقبه غير لازم مساواته له[1]، خرج

---

(1) قال الرَّصاع: نقل عن بعض المشايخ أنه استشكل قول الفقهاء المرابحة؛ لأنها مفاعلة وإنما الطالب للربح البائع وأجاب بعضهم بأن ذلك من باب قولهم طارقت النعل ونقل عن غيره أنه التزم أن المرابحة وقعت من الجانبين البائع والمشتري يطلب ربح عوضه واعترضه الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو جلي وذكر الشَّيخ سيدي أبو القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في تأليفه أن الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ عرفها في غير مختصره بقوله: (البيع المرتب ثمنه على ثمن بيع قبله) قال فلا ترد التولية والإقالة؛ لأن الثمن فيهما هو عين الأول فتأمل ذلك فإن الشَّيخ ذكر هذا الحد بعينه قبل المرابحة يليها في بقية تقسيم البيوع ففيه ما لا يخفى قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع سبقه غير لازم مساواته له) قال: خرج بالأول بيع المساومة والمزايدة والاستيمان وبالثاني الإقالة والتولية والشفعة والرد بالعيب على كونه بيعا يعنى رَحِمَهُ اللَّهُ بالثاني.

وقوله: (غير لازم مساواته له) معناه: غير لازم مساواة ثمن الثاني لثمن الأول فتخرج الإقالة؛ لأنها مساوية فيها الثمن الثاني للثمن الأول وما ذكر معها وكذلك الشفعة والرد بالعيب على كونه بيعا فإذا اشترى سلعة بعشرة دنانير ثم باعها بعشرة على أن لكل دينار درهما ربحا فهذا الثاني بيع مرتب ثمنه على ثمن مبيع وهو ثمن بيع الأول قبله غير لازم مساواته الثمن الثاني للثمن الأول (فإن قلت): تقدم أن الإقالة صدر فيها الجنس بالترك والتولية بالتصيير ولم يصدر ذلك بالبيع وقد صرح هنا بأنهما يدخلان تحت البيع فما سر كونه خصص ما تقدم بما تقدم ولم يذكر لفظ البيع في الجنس وهنا عكس (قُلتُ): تقدم ما يمكن الجواب عنه به وأن فيها بيعا فيه معروف وغلب المعروف والله أعلم.

(فإن قلت): كيف صح للشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أن يقول وتخرج الشفعة بالثاني مع أنه حد الشفعة باستحقاق الشريك إلخ فصيرها ليست بيعا وإنما هي استحقاق وما ليس ببيع لا يدخل تحت لفظ البيع وما لا يكون داخلا لا تحت الجنس لا يصح إخراجه وإلا لزم في الشيء الواحد أن يكون داخلا غير داخل وهو محال ويؤيد هذا السؤال ويقويه أنه قال في الرد بالعيب على كونه بيعا فدل على أن خروجه إنما يكون على صحة دخوله ولا يدخل إلا إذا صدق عليه أنه بيع وهذا تقرر السؤال المتقدم في الإقالة والتولية الجواب عن ذلك أن الشفعة إنما أخرجها على القول أنها بيع ولعل النسخة على كونهما بيعا يعني على القول بذلك في المسألتين في الشفعة والرد بالعيب ولقائل أن يقول أن الشفعة والرد بالعيب وإن قيل فيهما بالبيع فما معناه إلا أنه هل يحكم لهما بحكم البيع فيما ينبني عليهما من المسائل أم لا وذكروا لذلك مسائل في الشفعة إذا اشترى أرضا ثم أكراها ثم استحقت بالشفعة هل للمستحق أن يفسخ الكراء وهل الكراء للمستحق أو للمشتري بناء على أن الشفعة حكمها حكم البيع أو الاستحقاق ولم يطلقوا على ذلك بيعا وإنما قالوا حكمها حكم البيع فتأمله وانظر ابن سهل رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه أشبع في المسألة والله الموفق.

بالأول بيع المساومة والمزايدة والاستئمان، وبالثاني الإقالة والتولية والشفعة، والرد بالعيب، على كونه بيعًا، والمذهب جوازه.

وقال المازري: لمنعه إن افتقر إدراك جملة أجزاء الربح لفكرةٍ حسابية ورد المازري تعليل ابن راهويه فساد هذا البيع بجهل مبلغ ثمنه بمنع جهله للعلم بتفصيله عقب العقد، قال: كبيع الصبرة كل قفيز بدينار وإن كان المثمون لا يعلم إلا في ثاني حال، وقد يقال في هذا عندي الصبرة أجاز الشارع بيعها جزافًا على الحزر، وهذا الحرز يحصل في بيعها كل قفيز بدينار وثمن السلعة لا يصح بيعها إلا بعلمه.

قُلتُ: يرد هذا التفريق بأن جهل جملة الصبرة المبيعة كل قفيز بدينار ملزوم لجهل ثمنها فكذا يجهل الثمن في المرابحة، فإن قلت هل يتخرج فساده من الشاذ في منع بيع الصبرة كل قفيز بدينار؟

قُلتُ: فيه نظر؛ لأن علم ثمن المرابحة تحقيقًا هو لازم علمه، بعبارة ربح كذا كذا وضيعة كذا كذا، ففي عده معتقدًا باعتقاده خلاف مشهور في مسألة التكفير بالمآل، وعلم ثمن الصبرة تحقيقًا متوقف على فعل كيلها، وما لا يعلم إلا بفعل هو قبل الفعل مجهول اتفاقًا.

[باب صيغة قدر الربح والوضيعة]

وصيغة قدر الربح والوضيعة ما دل عليه ظاهرًا عرفًا(1) فربح كل عدد، مفسره إن لم يفضله، وإلا ففضله لنقل عبد الحق عن أبي عمران في ربح العشرة درهمًا أو أحد عشر، الربح درهم.

ونقل ابن محرز عن ابن سَحنون في بربح العشرة عشرة الربح عشرة وتقريره في

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما دل عليه ظاهرا عرفا) وهو ظاهر ثم قال: فربح كل عدد مفسره إن لم يفضله وإلا ففضله أشار رَحِمَهُ اللهُ إلى أن البائع أو المشتري تارة يقول أبيعك بربح العشرة درهما أو بربح العشرة عشرة أو بربح العشرة أحد عشر أو أكثر فما وقع التعبير به إن كان مثلا لما قبله أو أقل فهذا الربح وإن كان أكثر مما قبله فالزائد على الأول هو الربح وتأمل هذا مع كلامه وما في النقل هذا في قدر الربح.

الفاضل بحذف مضاف للمفسر هو فضل أو بعرف تقرر، وقول المازري في بربح العشرة خمسة يأخذ ثلث رأس المال، أو يخسره، خلاف قول أبي عمران ومقتضاه نصف رأس المال.

[باب في قدر الوضيعة]

وقدر الوضيعة، ضبطه المازري مع ابن محرز والصقلي بأن يوضع من الثمن وقدر الوضيعة الجزء المسمى للخارج من تسمية العدد الثاني منه مع الأول إن لم يكن الثاني أكثر، وإلا فمن تسمية الزائد منه مع الأول.

الصقلي: إن قال بوضيعة العشرة واحدًا وضع من الثمن جزءًا من أحد عشر، وإن قال: للعشرة اثنين وضع من الثمن سدسه وللعشرة خمسة وضع من الثمن ثلثه تنسب العدد الثاني منه مع الأول، ومثل ذلك الجزء يحط من الثمن، وإن قال بوضيعة العشرة أحد عشر نسبت الزائد على الأول منهما فيحط من الثمن جزء من أحد عشر، وإن قال: للعشرة اثنا عشر حط من الثمن سدسه، وإن قال: للعشرة خمسة عشر حط ثلث الثمن.

ولابن محرز: إن كان الثاني أقل فللخارج من تسميته من الأول، وله عن أحمد بن داود إن كان الثاني أكثر، فللخارج من تسمية الزائد من الأول مع الثاني لنقله عنه في: بربح العشرة أحد عشر يسمي واحد من أحد وعشرين قال: والصواب ما ذكرناه وقول المازري أخيرًا في: بربح العشرة درهمين الربح سدس المال، وبوضيعة العشرة درهمين الخسارة سدس رأس المال وفي: بربح العشرة خمسة يأخذ ثلث رأس المال أو يخسره نص في قدر الربح والوضيعة من الثمن سواء، وقول المازري أولًا مع الصقلي وابن محرز في ربح العشرة أحد عشر لكل عشرة نقدت أحد عشر تنقد، وفي الوضيعة كذلك لكل أحد عشر نقدت عشرة، تنقد مقتضاه قدر الربح من الثمن أعظم من قدر الوضيعة منه، لأبي حفص العطار: للعشرة أحد عشر، سواء في الربح والوضيعة لأنه إنما جعله قالبًا وإلا ففيه بعض اختلاف، أما الربح فبين، وأما الخسارة فتقريره أن يحط جزء من أحد عشر جزءًا من الثمن كالوصية بشراء عبد فلان إن كانت قيمته ثلاثين زيدت عشرة، وهي ربع الجميع ووصيته ببيعه منه يحط منه عشرة، فالحطيطة ثلث

الثمن، والزيادة ربعه، ولابن بشير في **بوضيعة** العشرة أحد عشر طريقان: يأخذ عن كل أحد عشرة عشرة؛ لأن الربح ضد الخسارة والأخرى تقسم العشرة على أحد عشر جزءًا فيحط ذلك الجزء من الثمن، وعلله بعض المتأخرين بأنها لفظة فارسية تفسيرها ما قلنا، قال: واتفقوا في **بوضيعة** العشرة عشرين على أنه يأخذ عن كل عشرين عشرة وتبعه ابن شاس معبرًا عن الطريقين بقولين.

ابن الحاجب: لو قال بربح العشرة أحد عشر بزيادة عشر الأصل، وبوضيعة العشرة أحد عشر فينقص جزء من أحد عشر من الأصل على الأصح، والعشرة عشرون باتفاق ففسر ابن عبد السلام مقابل الأصح بثاني القولين قال: ومرجعهما لقول واحد؛ إذ لا فرق بين قسم كل الثمن على أحد عشر أو قسم كل عشرة، قال: ويمنع تفسير مقابل الأصح بوضع عشر الثمن أنه في المواضع التي نقل المؤلف منها منصوص بمعنى ما فسرنا.

قُلتُ: حاصله أنه قصر تفسير قول ابن الحاجب على ما نقله ابن بشير وابن شاس وإن ما ذكراه من القولين يرجعان لقول واحد، أما الأول فغير لازم إذا كان ظاهر لفظه خلافه سالمًا عن مخالفته نص اتفاق في المذهب وهو كذلك هنا حسبما يبين إن شاء الله.

وأما الثاني فالأصل في تعداد الأشياخ **والنقلة** الأقوال إنها متغايرة ولا سيما إذا توارد على ذلك عدة منهم كما في المسألة، وما ادعاه من رجوع القولين لقول واحد غير لازم لجواز تغايرهما بأن الأول يقتضي أن الوضيعة إنما تترتب في الثمن على أقدار منه مخصوصة هي على القول الأول: أحد عشر، وعلى الثاني: عشرة، فإن كان الثمن ثلاثة وثلاثين ونحوه مما هو منقسم على أحد عشر فقط ترتبت الوضيعة على جميعه على القول الأول وعلى القول الثاني إنما تترتب على ثلاثين منه فقط، أو على المنقسم على عشرة من غيره وإن كان ثلاثين ونحوه مما هو منقسم على عشرة فقط ترتبت على جملته على القول الثاني وعلى القول الأول إنما تترتب على اثنين وعشرين منه فقط وعلى ما ينقسم على أحد عشر من نحوه فإن كان الثمن ينقسم على عشرة وعلى أحد عشر اتخذ قدر الوضيعة على القولين. ظاهر لفظ ابن الحاجب عندي أن مقابل الأصح هو وضع عشر الثمن لقرينة تقدم ذكره في الربح.

المازري: لو قال بوضيعة العشرة عشرة فظاهر هذا الاستحالة فيصرف إلى ما تشبه إرادته كأنه، قال: أبيعك بوضيعة نصف المال فإن كان الثمن عشرين فكأنه قال بوضيعة نصفها، وسبقه به ابن محرز، وعزاه عبد الحق في تهذيبه لابن الكاتب مقررًا له بكلام طويل حاصله وجوب نسبة عشرة الوضيعة للمجموع منها، ومن العشرة الموضوع منها لامتناع حمل اللفظ على ظاهره.

ونقل ابن بشير وتابعيه الاتفاق في بوضيعة العشرة عشرين: أن الوضيعة نصف الثمن خلاف مقتضى ما نقله ابن محرز عن أحمد بن داود في بربح العشرة أحد عشر، يقال: كم واحد من أحد وعشرين؟ ومقتضى قول ابن داود أن يقال: كم عشرة من ثلاثين؟ فتكون الوضيعة الثلث.

[باب فيما يحسب له الربح من عوض المبيع]

والثمن ما دفع عوضًا عن المبيع لعقد بيعه عليه، وثمن ما زيد فيه، وله عين قائمة مثله فيها كالصبغ والخياطة والقصارة.

الشَّيخ عن الموازيَّة وغيرها: والخياطة.

وفي الواضحة: والكمد والفتل والطرز.

عياض: لم يبين في الكتاب فيما يحسب في الثمن ويربح له هل يلزم بيانه أو يجعل في الثمن دون بيان فقال سَحنون: لا بد من تفصيله بقول: اشتريتها بكذا وصبغتها بكذا وإلا لم تجز وترد إن كانت قائمة إلا أن يرضاها المشتري فإن فاتت مضت ولم ترد إلى قيمة.

قال محمد وابن حبيب: لا يلزمه بيانه، واختاره التونسي قال: كمن اشترى سلعتين بثمنين فباعهما بذلك مرابحة، وأجمل ثمنيهما وظاهر الموطأ كقول سَحنون.

قُلتُ: لما ذكر في المقدمات قول سَحنون، قال: كان القياس إذا خيره في القيام أن يرده في الفوت إلى القيمة إن كانت أقل من الثمن على مذهب ابن القاسم في مسائل الغش والخديعة أو القيمة على قول سَحنون يوم قبضها ما لم تكن أكثر من الثمن الذي اشتراها به أو أقل من قيمتها يوم ابتاعها على أصل مذهبه في مسائل المرابحة.

اللخمي: ليس عليه أن يبين في الصبغ فيما يشتري له إلا أن يكون بأر عليه أبيض فصبغه فيلزم بيانه، ويلزم البيان في الخياطة لأن الناس يكرهون السوقي من الخياطة، ولأن المشتري يظن أنه اشترى مخيطًا؛ لأنه الشأن فيما اشترى قائمًا ثم قطع وخيط أنه يحط ثمنه، فالمشتري يظن أنه كان ذا ثمن فخسر فيه إلا أن يكون المشتري ممن لا يخفى عليه ذلك فلا يلزم بيانه.

وفيها: يحسب كراء الحمولة، والنفقة على الرقيق والحيوان في الثمن ولا يحسب له ربح إلا أن يربحه عليه فأطلقه الصقلي وابن رُشْد وغير واحد.

وقال اللخمي: لأن النقل من بلد إلى بلد أغلى يزيد في الثمن، ولو كان سعر البلدين واحدًا لم يحسب، ولو كان سعر البلد المنقول إليه أرخص وأسقط الكراء لم يبع حتى يبين قلت: تقييده بكون سعر المنقول إليه أعلى يرد بأن النقل للتجر مظنة لذلك ولا يبطل اعتبار المظنة بفوت الحكمة على المعروف، وقال في النفقة: يريد ما لم تكن غلة تفي بالنفقة فإن كانت الغلة أقل حسب ما بقي.

وفيها: لغو جعل السمسار وكراء البيت وأجر الشد والطي.

ابن محرز: ألغى الشد والطي؛ لأن الغالب أن رب المتاع يلي ذلك بنفسه ولو علم أنه أمر يحتاج إلى النفقة لحسب كالنفقة على الحمل وعلى الرقيق ولا يحسب لها ربح، قال: وإلغاء السمسرة؛ لأنه ليس كل من يشتري يحتاج إلى سمسار، ولو علم ذلك لكان القياس عندي أن تكون كالصبغ، وقاله عبد الوهاب في التلقين وللباجي عن الشَّيخ: إن كان من المتاع ما يعلم أنه لا يشتري إلا بسمسار في العادة واكترى منزلًا لحفظ المتاع فقط لحسب في الثمن ولم يضرب له ربح.

قُلتُ: ففي اعتبار السمسرة إن افتقر إليها المشتري كالثمن أو يحتسب ولا ربح لها، ثالثها: لا تعتبر لابن محرز وابن رُشْد مع الشَّيخ وظاهرها، وفي لغو كراء المحل مطلقًا واعتباره إن اضطر إليه دون ربح قولها وقولهما.

عبد الحق: لو ولي المشتري الطرز أو الصبغ لم يجز أن يحسبه؛ لأنه كمن وظف على سلعة ثمنًا، وإنما معنى ما في الكتاب إذا استأجر على ذلك،

وفيها: إن ضرب الربح على الحمولة ولم يبين ذلك وفات المتاع بتغير سوق أو بدن

حسب ذلك في الثمن ولم يحسب له ربح وإن لم يفت رد البيع إلا أن يتراضيا على ما يجوز.

الباجي عن سَحنون: إن رضي البائع بحط ما لا يلزم من الربح والثمن لزم ذلك المبتاع وإن فات، فقال مالك في الموطأ: يحط منه ما زاد عليه، وقال سَحنون: على المبتاع القيمة إلا أن تكون أكثر من الثمن الأول فلا يزاد، وأقل منه بعد طرح ما ذكرنا فلا ينقص.

قُلتُ: في النكت.

قال ابن عبدوس: معنى المسألة ما ذكر سَحنون، وإنما لم يذكر القيمة إذا فاتت؛ لأنها أقل بعد طرح ما يجب طرحه أو مثله.

قال عبد الحق: هذا واضح سواء حسبه عامدًا أو جاهلًا، وعزا عياض الأول لتأويل أبي عمران المَدَوَّنة والموازيَّة والواضحة، قال: وإليه نحى التونسي والباجي، وابن محرز واللخمي، وأنكره ابن لبابة.

ابن زرقون: قال ابن رُشْد: الصواب فسخ هذا البيع لجهل المشتري الثمن، وفيها إلا أن يعلم البائع من يساومه فذلك فإن أربحه بعد العلم بذلك؛ فلا بأس به.

عياض: ظاهره: إن أطلق ضرب الربح على ما له ربح دون ما لا ربح له، وهذا غرر وجهل بحقيقة الثمن؛ إذ لا تخلو مسائل المرابحة من خمسة أوجه:

الأول: أن يبين كل ما دفع فيها ما يحسب وما لا يحسب مفصلًا أو مجملًا، وشرط الربح للجميع صح ولزم المبتاع، ولو فيما لا يحسب وهو معنى قوله في الكتاب: إلا أن يربحه على ذلك فلا بأس به.

الثاني: أن يبين ما يربح له وما لا يحسب جملة وضرب الربح على ما يجب له فقط صح.

الثالث: إن أبهم كل ذلك جملة كقوله قامت بكذا أو ثمنها كذا أو أربح للعشرة درهمًا فسد لجهل المبتاع الثمن وهو ظاهر المَدَوَّنة ومقتضى أصولهم وفي الواضحة إجازة مثل ذلك إذا عاقده على المرابحة، للعشرة أحد عشر ولم يفسر ما لزمه ولا فضه.

قال فضل: تفسيره أنه جعل كل الأشياء في أصل الثمن وضرب عليها.

الرابع: إن أجمل النفقة مع الثمن كقوله: قامت علي بمائة بشدها ورقمها وطيها وحملها، أو فصلها عنه مجملة فيقول: منها عشرة في مؤنة، فسد لجهل الثمن، وفسخ قاله ابن سَحنون، وغيره.

وفي الموازيَّة: جواز مثل ذلك في هاتين الصورتين قال: ويعمل فيه على التحقيق فيما يحسب وما لا يحسب وفيه ظلم على البائع بطرح ما لا يحسب وصار أسوأ حالًا من الكاذب؛ لأنهم جعلوا له القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن الصحيح.

وتوجيه بعضهم قول محمد بأن ما يلزم في مؤنة السلعة غير خافٍ قدره وإن خفي منه شيء فيسير، ويسير الغرر مغتفر بعيد؛ إذ ليس كل أحد يعرف هذا، ولو صح هذا، لصح الشراء على القيمة؛ إذ لا تخفى على التجار، وذلك فاسد إجماعًا، وأقرب ما يوجه به أنهما دخلا على اعتقاد أن ما سميا هو الثمن عندهما، ورجوعهما إلى ما يجب كعيب أو استحقاق طرأ على العقد، فإن قيل البائع يعلم ذلك والمشتري يجهله.

قُلتُ: في علم أحد المتبايعين بالفساد خلاف تقدم أخذه من كتاب الصرف.

الخامس: أن يذكر ما دفع فيها مفسرًا كقوله: هي بمائة رأس المال منها كذا، وفي الصبغ كذا وفي الحمل كذا، في الشد والطي كذا، ويبيع على ربح العشرة أحد عشرًا أو للجملة أحد عشر ولم يبينا ما يربح له ولا ما يحسب، وما لا يحسب فمذهبهم جواز هذا وفض الثمن على ما يجب وإسقاط ما لا يحسب وفيه نظر؛ لأنهما قد يجهلان الحكم فيما يحسب وما لا يحسب فتقع الجهالة في الثمن، وأشار إلى هذا أبو إسحاق في ظاهر كلامه، ولعل قولهم بالجواز؛ لأنهما ظنا أن هذا هو الحكم ولم يقصدا فسادًا، فيجب ذكر ما لو علم قلت غبطة المشتري.

فيها: لو رضي عيبًا اطلع عليه، لم يكف بيانه حتى يذكر شراءه على السلامة منه، ويجب بيان تأجيل الثمن فإن باع بالنقد دونه رد ولو قبلها المبتاع بالثمن لذلك الأجل إلا أن تفوت فتجب قيمتها يوم القبض ما لم تزد على الثمن معجلة دون ربح لها.

عبد الحق: عن بعض شُيُوخه من غير القرويين قوله: إن قال المشتري: أقبلها بالثمن إلى الأجل لا خير فيه، ولا أحبه، إنما يعني إذا فاتت السلعة لفسخ القيمة الواجبة بالفوت في أكثر منها فهو حرام، وقوله: لا خير فيه: ربما وقع له مثل هذه

العبارة فيما هو حرام.

قال: وفي الموازيَّة في هذه المسألة قوله: ليس له ذلك إنما ذلك إن كانت السلعة قائمة.

عبد الحق: هذا خلاف نقل الشَّيخ في مختصره؛ لأنه جعل ما في المدَوَّنة والموازيَّة شيئًا واحدًا.

وقال بعض شُيُوخنا من القرويين: إنما قال: لا خير فيه إذا كانت قائمة؛ ووجهه: أنه لما كان له رد السلعة صار التأخير للأجل إنما اتفقا عليه لأجل ترك القيام الذي كان له فهو سلف جر نفعًا كمن ترك رد سلعة بعيب لتأخيره البائع بثمنها، ولما ذكر اللخمي هذا التعليل من عند نفسه قال: وهذا أصل أشهب إن الصلح مع القيام، شراء مرجع، وأرى إن قال له البائع حين قام ليرد لا ترد وأؤخرك بالثمن لم يجز، وإن قال المشتري: رددت فقال له: أقبلها وأصبر عليك؛ جاز.

الصقلي: محصولها ثلاثة أقوال:

القول بفسخه إن كانت قائمة، وإن فاتت ففيها الأقل من الثمن أو القيمة.

وقول ابن سَحنون عن أبيه يقوم الدين بنقد إن كان عشرة فقوم بثمانية فهي كمسألة كذب له قيمتها ما لم تجاوز عشرة وربحها أو تنقص من ثمانية وربحها.

وقول: إنها مسألة غش يخير المبتاع في قيامها في أخذها بما ابتاعها به نقدًا وردها، وفي فوتها الأقل، قاله ابن عبدوس وهو أبينها، وقاله ابن حبيب.

ابن محرز عن يحيي بن عمر له الأكثر من القيمة أو الثمن، والمذاكرون على قول محمد له الأقل منهما، ومنهم من احتج بقوله في الكتاب ليس له إلا ذلك بلفظ التذكير، والثمن مذكر، ولو أراد القيمة لقال ليس له إلا هي أو إلا تلك، وهذا ليس بصحيح؛ لأن التذكير باعتبار الشيء المذكور.

قُلتُ: فقول يحيى بن عمر رابع الأقوال الصقلي.

ابن محرز: وقول اللوبي: قوله: لا خير فيه؛ لأن السلعة فاتت فلزمته قيمتها ففسخها في الثمن للأجل فسخ دين في دين صحيح إن اختلف جنس الثمن والقيمة

وإن اتفقا والثمن أكثر كان سلفًا جر نفعًا، ولو كان مثلها فأقل جاز، وليس هو معنى ما في الكتاب، ومعناه: أن السلعة قائمة لقوله: أقبلها ولا أردها.

عياض: في كونه بيعًا فاسدًا يجب فسخه أو صحيحًا، ومعنى قوله: مردودا أي: إن شاء المشتري وإلا فله الرضاء به، ثالثها: هي مسألة كذب وقيمة المؤجل نقدًا الثمن، الصدق لبعض الشُيُوخ وابن أبي زَمَنَيْن قائلًا: هذا قول ابن القاسم وابن الكاتب، وابن لبابة وابن عبدوس وأبي عمران، والواضحة وسَحنون.

ورابعها: لبعضهم له الرضاء به في القيام لا في الفوت؛ لأنه فسخ دين في دين أو صرف مؤخر أو سلف بزيادة، وعلى الأول إن فات ففي لزوم قيمتها مطلقًا أو الأكثر منها ومن الثمن.

ثالثها: الأقل منهما للقابسي، ويحيي بن عمر.

والموازيَّة: مع اختصار الشَّيخ وابن شبلون واللوبي، ومعظم الشُيُوخ.

وفيها: إن اشترى بنقد ثم أخر بالثمن لم يبع حتى يبين.

ابن محرز: إن لم يبين فهو كمن اشترى بدين وباع بنقد.

وفيها لابن القاسم تعليلاً؛ لأن الطري عند التجار ليس كما **تقادم**، هم في الطري أرغب وأحرص، وهو أنفق.

وقال مالك: إذا تقادم مكث السلعة لم يبع مرابحة حتى يبين زمن اشترائها.

الصقلي عن ابن حبيب: إن طال مكثها فليبين وإن لم يحل سوقها فإن لم يفعل وفاتت، رد إلى القيمة، ولابن رُشْد في ثاني مسألة من المرابحة تحصيلها: إن طال مكث المتاع عنده فلا بيع مرابحة ولا مساومة حتى يبين وإن لم تحل أسواقه؛ لأن التجار في الطري أرغب وأحرص؛ لأنه إن طال مكثه حال عن حاله وتغير، وقد يتشاءمون بها لثقل خروجها.

قُلتُ: ونحوه للصقلي والمازري وابن محرز وابن حارث، وغيرهم وثاني قولي ابن الحاجب: وفي طول الزمان قولان لا أعرفه، وقبله ابن عبد السلام ولم يعزه ابن رُشْد إن باع مرابحة أو مساومة بعد الطول ولم يبين فهي مسألة غش يخير المبتاع في القيام ويغرم الأقل من الثمن أو القيمة في الفوت.

وفيها لمالك: لا تبع ما اشتريت مرابحة إذا حالت الأسواق إلا أن يبين.

قُلتُ: فإن حالت بزيادة أيجوز لي ولا أبين؟ قال: إنما قال لنا: إذا حالت الأسواق إلا أن يبين قلت فإن حالت بزيادة إلا أن يبين قلت فإن حالت بزيادة ولم يذكر بزيادة ولا نقصان، وأعجب لى أن لا يبيع حتى يبين، وإن كانت الأسواق قد زادت؛ لأن الطري عند التجار إلخ ما تقدم تعليلًا.

الصقلي عن ابن حبيب: إن حال السوق بزيادة عن قرب لم يبين وإلا بين فإن لم يبين فللمبتاع الرد فإن فات رد القيمة.

قُلتُ: يريد إن كانت أقل مما دفع.

ابن رُشْد: إن باع مرابحة، وقد حالت الأسواق بنقص ولم يبين، ففي كونها مسألة غش أو كذب، ثمن الصدق فيه قيمتها يوما للبيع قولا ابن القاسم وسَحنون وفي قوله نظر، والقياس إذا حكم له بحكم الكذب أن تقوم السلعة يوم اشتراها البائع، وتقوم يوم باعها هذا البيع ويسمى ما بين القيمتين من أكثرها ويحط ذلك الجزء من الثمن فما بقي بعده فهو الثمن الصحيح إن لم تفت السلعة، خير المبتاع في الرد والإمساك إلا أن يلزمه البائع إياها بما قلنا: أنه الثمن الصحيح وإن فاتت ولم يردها البائع للثمن الصحيح ففيها القيمة إلا أن يكون أكثر من الثمن الذي باع به فلا يزاد عليه أو يكون أقل من الثمن الصحيح فلا ينقص منه وللصقلي عن العتبيَّة والموازيَّة: إن حال سوق السلعة فلا يعجبني أن يبيع مرابحة إلا أن يتقارب ذلك، يريد محمد من اختلاف الأسواق قال: ولسَحنون في كتاب ابنه إن لم يبين حوالة الأسواق وهي قائمة خير في ردها ليس للبائع أن يلزمها له فإن فاتت فالقيمة ولا يزاد في ثمن ويمضي البيع بالثمن كله ثم رجع سَحنون إلى أنه إن حالت الأسواق بزيادة فلا قيمة وتمضي بالثمن وإن حالت بنقص فهي مسألة كذب وذكر ما تقدم لابن رُشْد عنه.

قال: وقال ابن عبدوس: هي مسألة غش.

قال الشَّيخ: وهو أصح.

قُلتُ: ففي كون ما كتم حوالة سوقه بالنقص غشا أو كذبا ثمنه صدقًا، قيمته يوم شرائه أو الباقي من ثمنه بعد طرح جزئه المسمى للخارج من تسمية فضل إحدى قيمته

يوم شرائها مبتاعها ويوم شرائها بائعها عن الأخرى من كبراهما.

رابعها: للمبتاع ردها قائمة، ويلزمه ثمنها كاملاً فائتة لابن رُشْد عن ابن القاسم مع الشَّيخ وابن عبدوس، وابن رُشْد والصقلي عن ثاني قولي سَحنون وابن رُشْد عن قياس قوله هذا، والصقلي عن أول قولي سَحنون.

وفيها: من ابتاع حوائط أو الغلة أو حيوانًا أو ربعًا فاغتل وحلب الغنم فلا بيان عليه؛ لأن الغلة بالضمان إلا أن يطول الزمان.

عياض: نقل ابن المنذر عن مالك: لا يبيع من اغتل حتى يبين وهم غير معروف من مذهبه وأصوله.

وفيها: يبين صوف الغنم إن جزه؛ لأنه إن كان يوم الشراء تامًا فله حظ من الثمن وإلا فهو لا يثبت إلا بعد مدة يتغير فيها.

ابن محرز عن ابن سَحنون: إن لم يبين فهي مسألة كذب ثمن صدقها ما بقي من الثمن بعد طرح مناب الصوف منه، وذكره اللخمي كأنه المذهب غير معزو، وقال: وإن حدث الصوف عند المشتري ثم جزه فلا مقال للمشتري من أجل الصوف، وينظر لانتقال سنها إن كانت جذعة فصارت ثنية لم يبين إن لم تتغير بنقص سوق ولا كانت تعرض فبارت وإن كانت رباعًا فهرمت بين أبو عمران: إن لم يبين أنه جز صوفها الذي عليها يوم ابتاعها دخلها التوظيف على القيمة بتقويمه على قول ابن سَحنون يجب فيها الأقل من القيمة أو الثمن الذي يقع عليها من القيمة على العدل وللبائع أن يلزمها له بذلك.

وقال ابن عبدوس: ليس للبائع أن يلزمها إياه بثمن؛ لأن شراء الجملة تراد فيه كما قال في جملة الثياب.

ابن العطار: إن قال البائع: أدفع إليك الصوف لم يجبرالمبتاع عليه، وإن حط ما يقابله من الثمن لزمه.

وفيها إن ولدت الغنم لم يبع حتى يبين، ولو باعها بأولادها وكذا الأمة.

اللخمي: لم يذكر هل كان بها حمل أم لا وأرى إن كان بها حين الشراء، وهي قريبة الوضع فلا بيان عليه إن باعها بأولادها؛ لأن المشتري لا يكره ذلك وهو في الأمة أبين؛

لأنها تباع أولًا ببخس لما يخشى من موتها وإن حملت بعد الشراء أو كانت بعيدة وضع الحمل بعد الشراء، فالجواب في الغنم كما تقدم لأن المشتري لا يكره ذلك والولد زيادة وإنما يعتبر طول العقد، وانتقال سنها فإن لم يتغير السوق، ولا كان يعرضها فبارت وانتقل سنها لأفضل يبين وإن انتقل لأبخس لزم البيان، والأمة تحمل بعد الشراء عيب، وإن كانت حاملًا بعيدة الوضع فوضعت لم يلزم غيرها؛ لأنه لا يتجسس إليه في الأمة ويراعى تغير سوقها وهل بارت.

ابن العطار: إن كانت الغنم حوامل فولدت فباع، ولم يبين فالولد غلة ولكن نقصت عنده، فقد كذب فينظر إلى قيمتها حوامل وغير حوامل كالكذب وإن لم تكن حوامل حين الشراء فما ولدته غلة، فإن لم تنقص ولا حال سوقها فإن رجعت لحالها، يوم الشراء فلا شيء عليه.

وفيها: إن ولدت الجارية عنده فلا يبيعها ويحبس ولدها حتى يبين فإن بين فلا بأس بذلك.

عياض: اعترضها فضل وقال: هذا بيع تفرقة، وفي تعليلها بأنه لعله أعتق الولد أو بلغ حد التفرقة وبين السيد طول المدة، ثالثها: لعله مات، ورابعها: لعله على تأويل ابن القاسم على مالك في العتبيَّة، وتخريجه في سماعه إلا أنه رجع لإجازة بيع التفرقة ووهم هذا التأويل.

وخامسها: أنه برضى الأم على أحد القولين، وسادسها: أنه إنما تكلم على حكم بيع المرابحة لا التفرقة وكثير يرد هذا في مسائله.

الصقلي عن سَحنون: إن باع الغنم ولو بولدها ولم يبين أنها ولدت عنده، ولم تفت فللمبتاع الحبس بجميع الثمن أو يرد وليس للبائع إن باعها بغير ولد أن يلزمه بيعها برده الولد إليه، فإن فاتت الغنم وكان سوقها إنما حال بزيادة مضى البيع بثمنه، وإن حالت بنقص فهي كمسألة كذب، ما آلت إليه من النقص هو ثمنها الصدق، قال: ولو كانت أمة حبس ولدها ولم يبين فإن لم تفت أو فاتت بحوالة سوق أو نقص خفيف، فله ردها ليس للبائع أن يقول: أنا أحط حصة العيب؛ لأن الولد عيب ولا له أن يلزمه البيع برده الولد.

قال ابن سَحنون: لأن المشتري يحتج بحوالة الأسواق.

الشَّيخ قوله: (لأن الولد عيب) أولى؛ لأنه لم يعد حوالة الأسواق فيها فوتًا، قال: وأرضي المبتاع بعيبها جبرًا على الجمع بين الولد وأمه في ملك، قال: فإن فاتت بعتق ونحوه فإن حط حصة العيب وربحه، وإلا فعلى المبتاع قيمتها معيبة ما لم تجاوز الثمن بعد إلغاء قيمة العيب وربحه فلا يزاد ولا ينقص.

الشَّيخ: مرجع هذا إلى حط حصة العيب وربحه لا أثر للقيمة فيه نحو ما تقدم لابن عبدوس، وفيمن نقد غير ما به عقد طريقان: اللخمي إن عقد بدنانير ونقد دراهم لم يبع على ما به عقد حتى يبين، وفي بيعه على ما نقد دونه رواية محمد وقول ابن حبيب، ولو عقد بدراهم، ونقد عرضًا لزم البيان فيها نقد وفيها عقد قولان لها ولرواية محمد، ولو نقد طعامًا ففي بيعه عليه كالعين ومنعه كالسلعة رواية محمد.

وقوله: ولو نقد عن عرض عرضًا غيره ففي لزوم بيانه في بيعه على أحدهما، أو إن باع على الثاني قولان لظاهرها والتخريج على رواية محمد، والصواب إن جاء المشتري مستفتيًا صدق فإن قال: إنها أخذ البائع ما نقدته رغبة منه بعد أن مكنته ما به عقدت، لم يلزمه بيان وإن لم يكن لرغبته؛ بل قصدًا من المشتري لزم بيانه، وإن لم يجئ مستفتيًا؛ بل ظهر عليه فقال: إنها كان رغبة من البائع قبل قوله إن كان الثمن الأول غير عين؛ لأنه ليس مما يحط منه عند الدفع، وهي مبايعة تختلف فيها الأغراض، وإن كان عينًا وعرف البلد أن ينقد ما به عقد من غير طلب مسامحة قبل قوله، وإن كان العرف طلب المسامحة عند الوزن لم يصدق، وإن عقد بدنانير ونقد دراهم ولم يتغير الصرف أو تغيرت الدراهم برخص جاز بيعه على ما نقد دون بيان، وإن تغير بغلاء الدراهم لم يبع على أحدهما حتى يبين، ولما ذكر ابن محرز قول محمد: إن نقده طعامًا كسلعة لا كالعين قال: قال محمد: وهو قول أصحاب مالك: ابن القاسم وغيره.

عياض: من نقد غير ما به عقد في لزوم بيانه في بيعه بالأول أو بالثاني وقصره على بيعه بالأول قولان لظاهرها مع الواضحة، ونص الموازيَّة، وعليه تأول فضل المدَوَّنة والواضحة قال: وكذا رواية ابن وَهْب وابن القاسم وأشهب في السماع وعلي، وابن أشرس.

وفيها لابن القاسم: إن ابتاع بمكيل أو موزون من عرض أو طعام ثم نقد عينًا أو جنسًا سواه من مكيل أو موزون بين ذلك وضربا الربح على ما أحبا منهما إذا وصف ذلك.

الصقلي: يريد إن كان الطعام جزافًا لأنه لو كان مكيلًا، دخله بيع الطعام قبل قبضه.

ابن محرز: قال شيخنا أبو الحسن: معناه: أنه إذا اكتال له الطعام ثم رده بالحضرة ونقد العين.

ابن محرز: وهذا وشبهه مما يجري في خلل الكلام من غير قصد.

الباجي: إن نقد غير ما به عقد وباع ولم يبين خير في القيام.

قُلتُ: وكذا في الفوت، وفي الموطأ: هو للمبتاع بها ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الربح على ما اشترى به على ما ربحه المبتاع.

وروى محمد: إلا أن يجيء ذلك أكثر مما رضي به ولم يجعل فيه مالك قيمة.

وفيها: إن نقد في العين ثيابًا جاز أن يربح عليها إذا وصفها على قيمتها كما أجزنا لمن ابتاع بطعام أو عرض أن يبيع مرابحة عليها إذا وصف ولم يجزه، أشهب على عرض أو طعام؛ لأنه بيع ما ليس عندك لغير أجل السلم.

ابن محرز: قال الشَّيخ أبو الحسن: معنى قول ابن القاسم: إن كان المثل عنده حاضرًا فقول أشهب تفسير لقول ابن القاسم: المرابحة والمكايسة في ذلك سواء بخلاف التولية يجوز لمن اشترى سلعة بعرض توليتها بمثله وإن لم يكن حاضرًا عنده وقال بعض المذاكرين: قول أشهب خلاف.

ووجه قول ابن القاسم بأن العرض هنا غير مقصود لنفسه، وإنما هو ثمن والمبيع غيره.

الباجي: قال بعض المغاربة: أجازه ابن القاسم؛ لأنه لم يقصد بيع ما ليس عنده كالشفيع يأخذ ما ابتيع بمكيل أو موزون مثله وإن لم يكن عنده، والأول أظهر؛ لأن الشفعة حق ثابت ليس للمشتري الامتناع منه، ألا ترى أن الشفيع يأخذ بقيمة الثوب الذي ابتيع به ولا يجوز في المرابحة أن يبيع على قيمة ثوبه.

وقول ابن الحاجب: لو كان الثمن عرضًا غير مثلي ففي جواز البيع مرابحة: قولان بخلاف المثلي، وهم لنصها مع غيرها لكون المثلي كغيره، وسمع ابن القاسم من ابتاع له نصراني سلعة لم يبعها مرابحة حتى يبين ذلك.

قال سَحنون وعيسى: لا يحل لمسلم توكيل نصراني على بيع أو شراء.

وقال مالك: لا أحب لمسلم شراء سلعة مرابحة ابتاعها له مسلم حتى يبين أن غيره اشتراها له.

ابن رُشْد: قوله في النصراني: صحيح، وكذلك لو باعها مساومة لزمه البيان؛ لأن أهل الورع يتجنبون ذلك ويتقونه، وإلزامه البيان فيما اشتراه له مسلم لحجة المشتري أنه إنما اشتراها بذلك الثمن لثقته بتبصر البائع في شرائه وأنه لا يخدع واستخف ذلك في سماع أشهب في هذا الكتاب في كتاب البضائع والوكالات إن له أن يبيع دون بيان فإن باع دون بيان ما ابتاعه له نصراني أو مسلم على القول بلزوم بيانه، فالمشتري مخير في قيام السلعة في التماسك والرد فإن فات بها يفوت به البيع الفاسد، رد فيها القيمة إن كانت أقل وهو حكم الغش.

وفيها: إن حط من الثمن ما يشبهه حطيطة البيع أو تجاوز عنه درهمًا زائفًا لزم بيان جميعه.

ابن محرز: إن لم يبين الزائف والثمن عشرة، فللبائع أن يلزمه البيع بالتسعة، وقيمة الزائف وفي الفوت القيمة ما لم تزد على العشرة أو تنقص عن التسعة، وقيمة الزائف، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن، عن سَحنون: إن عرف ما فيه من فضة ونحاس فإن عليه وزنها كاستهلاكها، وإن جهل وزنها فقيمتها.

الصقلي عن ابن سَحنون عن أبيه إن لم يبين، فإن حط عن مبتاعه ذلك لزمه البيع وإلا فله الرد.

قال سَحنون: إذا حط ما حط هو فقط دون حصة ربحه لزمه البيع فإن لم يعلم بالحطيطة حتى فاتت أو كانت الحطيطة بعد فوتها قيل للبائع حط عنه مثل ما حططت دون ربح فإن أبى فله القيمة ما لم تجاوز الثمن الأول فلا ترد يزاد أو ينقص منه بعد طرح الحطيطة بلا ربح فلا ينقص.

قُلتُ: زاد الشَّيخ في النوادر عن محمد عن أَصْبَغ: إنما يلزمه البيع في القيام إذا حط عنه الحطيطة وربحها.

قال: وقاله ابن القاسم في بعض مجالسه، وعزا لابن حبيب في الفوت مثل قول سَحنون، كذا نقل عبد الحق في تهذيبه زاد.

وفي كتاب حمديس الحطيطة التي تشبه مثل العشرين من المائة.

قال عبد الحق: في هذا نظر وما هي فيما يظهر إلا كثير.

قُلتُ: يأتي لابن القاسم ما يؤيد قول حمديس.

وفيها: إن أشركت في سلعة أو وليتها رجلاً ثم حطك بائعك ما يشبه استصلاح البيع لزمك أن تضع عمن أشركت نصف ما حط عنك ولا يلزمك ذلك فيمن وليته إلا أن تشاء أن تلزمه البيع فيلزمك أن تحطه ذلك ولو حطك بائعك نصف الثمن مما يعلم أنه لغير البيع لم يلزمك أن تحطه شيئًا ولا خيار له.

قُلتُ: مفهوم قوله: نصف الثمن يؤيد ما تقدم لحمديس، وهو خلاف قول عياض: قولها: في الذي حط عشرين من مائة نزلت بالمدينة فأجاب فيها مالك بما ذكر، قيل معناه: أن النازلة نزلت بالمدينة من حيث الجملة لا أنها بصورة حط عشرين من مائة؛ لأنها كثير لا يمكن حطها في البيع، وإنما الحطيطة التي توضع ما يعلم أنه لاستصلاح البيع ولا حد فيه والعشر من العشرة قليل ومن الألف كثير، والمعتبر في ذلك ما يفهم من قرينة الحال.

قُلتُ: نحوه لابن رُشْد قبله اللخمي: إن قلت الوضيعة وعلم أنها مكارمة أو لصداقة فهي كالكثيرة، قال: واختلف في الشركة فقال الأخوان: الوضيعة لمن ولي الصفقة، وضيعة لجميعهم ولغيره ممن أشرك له فقط إلا أن يكون المبيع من سلع الأسواق، التي تلزم فيها الشركة فهي لجميعهم إلا أن تكون الوضيعة لصلة من وضعت له ليست على وجه الاستغناء فهي لمن وضعت له.

وفي العتبيَّة: إن ولوا الصفقة جميعًا فما وضع لأحدهم اختص به.

قُلتُ: في سماع أَصْبَغ من كتاب الشركة: سئل أشهب عن شركاء ثلاثة في سلعة تقاوموها فخرج أحدهم وبقيت لاثنين بدينار بربح دينار ثم استوضع الخارج البائع

فوضعه دينارًا فقام الاثنان ليردا، قال: ذلك لهما إلا أن يجعل دينار الوضيعة بينهم أثلاثًا وسوغ له كل الربح.

ابن رُشْد: لا يستقيم قوله هذا؛ لأن من وضعت له الوضيعة، وهو الخارج عنهما إن كان هو ولي صفقة شراء السلعة وحده لزمه كون الوضيعة بينهم أثلاثًا جبرًا فقوله: لشريكه رد البيع إلا أن يجعل الدينار بينهم أثلاثًا لا يصح؛ لأن من أشرك في سلعة ثم وضع من الثمن لزمه كون الوضيعة بينهما جبرًا سواء بقي حظه بيده أو خرج عنه ببيع أو غيره ليس له أن يقول لمن أشركه: لا أضع عنك شيئًا إن شئت أن ترد رددت، إنما له ذلك في بيع المرابحة؛ لأنها مكايسة، والشركة معروف هذا قوله في المدَوَّنة.

وقال التونسي: القياس أن الشركة كالمرابحة فيكون مخيرًا، وعليه يأتي قول أشهب هذا وإن كان من وضع له الدينار من الشركاء الثلاثة، ليس من ولي شراءها بل كان شراؤهم صفقة واحدة، فالدينار الوضيعة له وحده على مذهب مالك وأصحابه خلاف قول الفقهاء السبعة، حسبما تقدم في سماع ابن القاسم: ولو باع أحد الشركاء في السلعة حظه من شريكه بربح دينار مرابحة على على وجه المقاومة لوجب إن كان هو الذي ولي شراء السلعة أن يرد على شريكيه ثلثي الدينار جبرًا ويخير في الثلث الذي ناب حظه الذي باع مرابحة، بين أن يحطه عنهما، قيل وما ينوبه من الربح، وقيل دون ما ينوبه من الربح فيلزمهما البيع أو لا يحط ذلك عنهما فيكون لهما رد البيع وكذا إن لم يكن هو الذي ولي الصفقة على مذهب الفقهاء السبعة وعلى قول مالك وأصحابه يكون له ثلث الدينار، ولا يلزمه أن يرد عليهما، ويكون مخيرًا في الثلث الذي ناب حظه الذي باعه منهما مرابحة.

قُلتُ: ما نقله اللخمي عن الأخوين هو سماع ابن القاسم في القوم يشترون السلعة فيضع البائع لأحدهم إن كان هو الذي ولي الصفقة فما وضع له بينهم.

ابن رُشْد: لا خلاف أن الذي وضع له إن كان هو الذي ولي الصفقة أن ذلك بينهم، ولما قال في القوم: يجتمعون يشترون السلعة فيضع البائع لرجل منهم إن كان الذي ولي الصفقة، فما وضع له فهو بينهم، دل على أن ما وضع لأحدهم إذا اجتمعوا في شرائها للذي وضع له وحده دون شركائه.

والفقهاء السبعة يقولون: بل هو لجميعهم وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكونوا شركاء عقد ولا حيث يوجب الحكم الشركة بينهم فإن كانوا شركاء عقد أو حيث يوجب الحكم الشركة بينهم فلا اختلاف أن الوضيعة بينهم وكذا لو وضع الذي ولي الصفقة أو الذي أشرك وهذا إذا كانت الوضيعة مما يشبه أن تكون وضيعة من الثمن.

قُلتُ: وما تقدم لابن رُشْد من تفرقته بين الشركة وبين بيع المرابحة بأنه مكايسة والشركة معروف وإن تبع فيه.

ابن القاسم في المدَوَّنة فهو مؤكد سؤالًا حضرت إيراده في حداثة السن بدرس الشَّيخ الفقيه أبي علي بن قداح قاضي الجماعة حينئذ، وهو في قولها.

قُلتُ: إن اشتريت سلعة بمائة درهم فأشركت فيها رجلًا بنصفها ثم إن البائع حط عني فأبيت أن أحط شريكي قال: سئل عنها مالك، فقال يحط عن شريكه نصف ما حط عنه على ما أحب أو كره وفرق بين ما هذا وبين بيع المرابحة أن بيع المرابحة على المكايسة وهذا إنما هو شركة.

قُلتُ: فلو وليت سلعة اشتريتها ثم حط عني بائعها من ثمنها؟ قال: لم أسمع من مالك فيها شيئًا، وأرى المولي بالخيار إن وضع عن من ولي الذي وضع لزم البيع المولى وإن أبى فللذي ولي ردها كبيع المرابحة، وتقرير السؤال أن وضيعة البائع من ثمنه إن أوجب كونها لاستصلاح بيعه حقًا في الوضيعة يقضي به لمن ملك مبيعه على وجه المعروف بعوض مرتب على اعتبار ثمنه لزم ذلك في التولية كالشركة لأنها على وجه المعروف وإن كان إنما يوجب له تخييرًا في قبوله دون الوضيعة أو رده إن لم يعطها لزم ذلك في الشركة كالتولية، وكثر كلام أهل الدرس فيه ولم يتحصل لهم عنه جواب ولم يتعرضوا لما قاله ابن محرز يحتمل أنه أراد الشركة الجبرية فيصير كالشفعة في وجوب طرح ما وضع عن المشتري عن الشفيع، فإن لم يكن كذلك قال ابن محرز، فلا أعلم بين الشركة والتولية فرقًا.

قُلتُ: بل الفرق أنه لما صار الشريك بشركته مماثلًا للمبتاع في ابتياعه والمبيع ضرورة مساواته له فيما يعرض للمبيع المفروض من تلف ونماء ووضيعة، وربح لزم مماثلته له في استحقاقه الوضيعة الكائنة لاستصلاح البيع، ولما لم يكن المولي كذلك لم

يلزم فيه ذلك وصار كمبتاع ذلك المبيع مرابحة فوجب كونه مثله، وحيث يجب إسقاط الوضيعة وإلا خير المبتاع إن فاتت السلعة ففي لزوم قيمتها يوم شرائها ما لم تزد على الثمن كاملًا، وما لم تنقص عنه مسقطًا منه الوضيعة دون ربحها أو بربحها.

ثالثها: إن كانت الوضيعة بعد شراء الثاني، لمحمد عن قولي ابن القاسم قائلًا: الثاني إغراق ليس بشيء، واختيار.

الصقلي: محمد: وروى أَصْبَغ الأول.

الصقلي: وقاله سَحنون.

وفيها: من ابتاع سلعة بمائة فنقدها وافترقا ثم وهبت له المائة؛ فله أن يبيع مرابحة، ألغى بعض الفاسيين مفهوم نقد وافترقا بما تقدم من قولها: لو حطك بائعك كل الثمن أو نصفه لم يلزمك أن تحطه شيئًا.

وقال أبو حفص: إن وهبه الثمن قبل قبضه أو بعده وقبل الغيبة عليه أو بعدها، وقال: هذا ثمن سلعتك، وهبته لك لم يبع مرابحة، ولو وهبه بعد البيع أو بعد القبض والغيبة عليه ولم يقل: هذا ثمن سلعتك فله البيع مرابحة

وفيها: من ابتاع سلعة بعشرين ثم باعها بثلاثين ثم أقال منها لم يبع مرابحة إلا على عشرين؛ لأن البيع لم يتم بينهما حين استقلاله.

أبو حفص: الإقالة عند ابن القاسم ابتداء بيع إلا في المرابحة والشفعة والطعام من سلم.

قُلتُ: فيناقضها قوله: والإقالة عند مالك بيع حادث في كل شيء إلا في مثل هذا.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: إنما لم يجعلها بيعًا حادثًا؛ لأنه إقالة بحضرة البيع، ولو تناقدا وافترقا وتباعد ذلك ثم تقايلا فهو بيع مبتدأ، وإن سموه إقالة وله البيع على الثمن الآخر، ولما ذكر اللخمي قولها قال عن ابن القاسم: إن استقاله بأقل أو أكثر جاز أن يبيع على الثاني.

وقال ابن حبيب: لا يبيع إلا على الأول مطلقًا، والأول أحسن إلا في قوم يظهرون بيعه حادثة ليتوصلوا للبيع بأكثر من الأول.

وفيها: من باع سلعة مرابحة ثم ابتاعها بأقل مما باعها به أو أكثر فليبيع مرابحة على

الثمن الآخر؛ لأن هذا ملك حادث.

ابن محرز: ظاهره ولو كان ذلك ممن ابتاعها، وحملها فضل على أنه في شرائها من غيره، كقول ابن حبيب.

وفيها: من ورث نصف سلعة ثم ابتاع نصفها فلا يبع نصفها مرابحة حتى يبين؛ لأنه إذا لم يبين دخل في ذلك ما ابتاع وما ورث وإذا بين فإنما يقع البيع على ما ابتاع.

القابسي: لو سبق الشراء الإرث لم يلزمه بيان؛ لأنه في سبق الإرث، يزيد في ثمن المشتري للتكميل.

وقال ابن عبد الرحمن: هما سواء لقوله: إن لم يبين دخل فيه ما ابتاع وما ورث.

عبد الحق: ويلزم على الأول لو اشترى نصفه ثم اشترى باقيه أن يلزمه البيان؛ لأنه يزيد في النصف المكمل لجميعه، وتعليل ابن القاسم يخالفه.

قُلتُ: قد يفرق القابسي بأن الزيادة لتكميل ما ورث أكثر قصدًا إليها من القصد لتكميل ما اشترى.

وجعل ابن رُشْد قوله: إذا بين إنما يقع البيع على ما ابتاع خلاف ما في سماع أَصْبَغ من كتاب العتق فيمن حلف بعتق عبد له فيه شقص ثم باع حظه من شريكه ثم اشترى منه حظه أو اشترى حظه ابتداء ثم باع حظه منه أو من غيره ثم فعل موجب الحنث لزمه الحنث.

الصقلي: إن باع ولم يبين وفات فالنصف المبيع نصفه مشترى فيمضي نصف الثمن ونصف الربح، ونصفه موروث يمضي بالأقل من قيمته أو ما يقع عليه من الثمن والربح، وإن كانت قائمة فللمشتري رد البيع أو إمضاؤه.

ابن محرز: إن قال: أبيعك النصف الذي اشتريت فعلى قول أبي الحسن: إن تقدم الميراث فليبين ويكون إن باع وعلم أنه زاد في الشراء كالكذب وإن تقدم الشراء فلا بيان وذكر ما تقدم للصقلي في تخيير المشتري في رد المبيع إن لم يفت زاد، ولا حجة للمشتري إن رد ربع السلعة التي ورث نصفها ولم يبين في رد الربع الباقي؛ لأنه دخل على الشركة، ولو ناب الميراث أكثر من النصف كان له رد البقية لانتقاض البيع في

كل الصفقة.

الصقلي: عن ابن حبيب لمن أخذ سلعة في المقاواة بينه وبين شريكه بيعها مرابحة بالمقاواة ولا يبين إذا صح ذلك.

الشَّيخ: ويحمل على الثمن نصف الزيادة فقط وهو ما أخذ من شريكه.

المازري: هذا خلاف ما تقدم عن القابسي؛ لأنه يتصور أن هذه الزيادة لأجل الاستكمال.

وقال اللخمي: إن كانت الزيادة لرفع الشركة لسوء عشرة صاحبه لم يبع حتى يبين.

قُلتُ: انظر هل يلزمه بيان شرائه حظ شريكه بتلك الزيادة فقط أو يبين مع ذلك أنه لسوء شركته والأول أظهر لفظا والثاني أظهر معنى قال: وإن كانت الزيادة؛ لأنها صالحة، ولأن السوق حال إغلاء لم يلزمه بيان.

قال ابن الحاجب: لو أتم البيع بشراء من شريكه فالرواية كالأجنبي، وفيه نظر.

قُلتُ: وهي مسألة ابن حبيب وظاهر قوله الرواية: يقتضي أنه قول مالك ولا أعلم من نقله عنه إنما نقله الصقلي والمازري واللخمي عن ابن حبيب ولو قال فالرواية لا يبين بدل قوله كالأجنبي لكان أحسن

وفيها لمن ابتاع مكيلًا أو موزونًا بيع ما جاء من أجزائه مرابحة وكذا عشرة أقفزة من مائة إن كان كله متماثلًا.

ابن محرز: ظاهره عدم لزوم البيان وعارضه بعض المذاكرين في الطعام؛ لأن جملته يزاد لها؛ لأنه إن استحق ثلثه رد بقيته.

المازري: قولها بناء على أن القسم في المكيل والموزون تمييز حق وأنه لا يزيد فيه لأجل الجملة خلاف ما أشار إليه ابن عبدوس أن الجملة يزاد في ثمنها.

قُلتُ: قول ابن محرز ظاهره عدم اللزوم: هو نص سماع عيسى ابن القاسم في رسم حبل حبلة.

ابن رُشْد: وهذا مثل قولها، وعلى قول ابن عبدوس أن الجملة يزاد فيها لا يجوز أن يبيع مرابحة إلا ببيان.

وفيها: إن بعت جزءًا شائعًا مرابحة من عروض ابتعتها معينة جاز؛ لأنه بثمن معلوم بخلاف ما فيه القيمة.

وفيها: لو ابتاع رجلان عروضًا ثم اقتسماها فلا يبع أحدهما حظه مرابحة حتى يبين.

اللخمي: لأن ثمن ما صار له عين وعرض وهو حظه فيما أخذ شريكه فإن باع ولم يبين فللمشتري رد الجميع إلا أن يكون قيمة نصف ما اشترى مثل نصف العين الذي باع به فلا يكون له وإن فات مضى نصفه بالثمن وضرب له الربح في النصف الآخر على قيمة ما نقد إلا أن يكون ما باع به أقل.

وفيها: إن ابتعت ثوبين بأعيانهما صفقة واحدة وهما جنسًا واحدًا وصفة واحدة لم يجز بيع أحدهما مرابحة بنصف الثمن؛ لأنه إنما يقسم عليهما بقيمة كل منهما، ولو كانا من سلم وصفتهما واحدة جاز ذلك، إن لم يتجاوز عنه في أحد الثوبين في شيء من الصفة؛ إذ لو استحق أحدهما رجع بمثله، والمعين إنما يرجع بحصته من الثمن.

ابن محرز: قالوا إنما يحتاج لشرط عدم التجاوز في الثوب المبيع مرابحة فقط إلا أن يكون الثوب الآخر أفضل صفة من صفته المشترطة فيكون فضله هبة من البائع لمكان البيع فيقدح في المبيع مرابحة ويكون كوضيعة عنه إن كانت قبل بيعه لزمه بيانه، وإن كانت بعده فكما تقدم.

وسمع أبو زيد ابن القاسم في كتاب السلم لمن أسلم ثوبين في طعام: أن يقيل من أحدهما بنصف الطعام إن كانا معتدلين.

ابن رُشْد: منعه سَحنون وقال: هذا بيع الطعام قبل قبضه؛ إذ قد يغلط في التقويم كما لا يجوز لمشتري ثوبين بيع أحدهما مرابحة بنصف ثمنهما حتى يبين، وعلى قول ابن القاسم يجوز بيع أحدهما مرابحة بنصف الثمن، إن استويا ولا يبين كما لو أسلم فيهما خلاف قوله في المدَوَّنة.

وقال ابن عبدوس: إنما لم يجز بيع أحدهما مرابحة دون بيان؛ لأنه قد يزاد في ثمن الجملة فعليه لا يجوز بيع أحدهما في جواز بيع أحدهما متماثلين مرابحة دون بيان، ثالثها: إن كانا من سلم لابن نافع وسَحنون، وابن نافع والأول أحسن؛ لأن الشراء كان على

معرفته، فكذا التقويم فإن باع ولم يبين كانت مسألة كذب على قول ابن سَحنون.

الصقلي عن ابن عبدوس: إن لم يبين فللمبتاع رده وليس للبائع إلزامه إياه بحصته من الثمن بالقيمة لحجة المبتاع إن الجملة يزداد في ثمنها للرغبة فيها.

الصقلي: هذا خلاف قولها لمشتري جملة مكيل بيع بعضه دون بيان والإقالة وشراء ثان من المبتاع تقدم، ولو اختلف ثمن ما هما فيه بالسوية وباعاه مرابحة، ففي كون ثمنه بينهما على ثمنيهما أو حظيهما قولان لها، ولأشهب.

اللخمي: والعهدة عليهما كذلك، والأول أحسن إن علم المشتري أن ثمن شرائهما مختلف، ولو جهل ما بين الحظين من التغابن وأرى إن اشتريا في وقت واحد والسوق على ما اشترى به الأكثر ثمنًا أن لا بيان عليهما، وكذا إن كان في وقتين وحالت السوق إلى ما اشترى به الأكثر ثمنًا عن قرب وإن اشتريا في وقت واحدٍ والسوق على ما اشترى به الأقل ثمنًا أو في وقتين، واشترى الثاني بأقل بينًا؛ لأنه اختلاف بنقص والوضيعة كالربح في القولين.

وفيها: إن باعاه مساومة فالثمن بينهما نصفين، وتقدم حكم اغتلال المبيع، وتخريج ابن عبد السلام على قول أشهب: أن الصرف في الرد بالعيب غلة بالجد، وإن كان تامًّا يوم الشراء يرد بأن البائع في الرد بالعيب مدلس أو مفرط بخلاف المبتاع في المرابحة وبأن بيع المرابحة أضيق على البائع؛ لأن طول الزمان وحوالة الأسواق بنقص فيه عيب بخلاف الرد بالعيب.

وفيها: لمن ابتاع من عبده المأذون أو من مكاتبه سلعة بغير محاباةٍ بيعها مرابحة دون بيان، وكذا شراء العبد من سيده؛إذ له أن يطأ بملك يمينه وإن جنى أسلم بماله.

اللخمي: هذا صحيح فيما بينه وبين الله وفيما بينه وبين المشتري إن كان ذلك مما يكرهه الناس فعليه أن يبين.

قُلتُ: يرد تفصيله بأنه كلما لزمه البيان شرعًا كان جحده ظلمًا والظلم لا يصح فيما بينه وبين الله تعالى، وفي احتجاجه فيها بقوله إذ له أن يطأ بملك يمينه، يدل على أن العبد يتجر بماله لا بمال سيده حسبما ذكره في نحو هذا من بيوع الآجال وصرح به في سماع أبي زيد، وقال فيه:إن كان يعمل بمال نفسه، وإن كان يعمل بمال سيده فلا

خير فيه.

قُلتُ: وكذا لو اشترى سلعة من مقارضة.

ابن رُشْد: إن باع ولم يبين وتجر العبد بمال سيده ولم يكن العبد اشترى السلعة فللمشتري ردها إن كانت قائمة فإن فاتت رد فيها القيمة إن كانت أقل من الثمن على حكم العتق والخديعة في المرابحة وإن كان العبد اشتراها بمثل ذلك الثمن أو أكثر جاز البيع ولا كلام للمبتاع على سماع أشهب إن له أن يبيع مرابحة ما اشتراه له غيره دون بيان لا على رواية ابن القاسم لا يجوز له ذلك حتى يبين، فإن لم يبين كانت مسألة غش وإن كان العبد اشتراها بأقل مما باعها به سيده فهي على سماع أشهب مسألة كذبٍ، وعلى رواية ابن القاسم مسألة غشٍ.

وفيها: من ابتاع ثوبًا فلبسه أو دابة فركبها في سفر فليبين ذلك في المرابحة قال غيره: ليس عليه ذلك فيما خف من ركوب أو لباس إن لم يتعمد ذلك ولم ينقل اللخمي لفظ الغير، وقال من عند نفسه: إن ركبها في غير سفرٍ لم يبين وكذا اللبس إن نقص الشيء اليسير.

وفيها: لو وطئ الأمة لم يبين إلا أن يفتضها وهي ممن ينقصها فليبينه.

وأما الوخش التي ربما كان أزيد لثمنها فلا شيء عليه فيه اللخمي يسأل التجار فإن كان لا ينقص لم يبين.

قُلتُ: ونحوه في آخر استبرائها إذا وطئها مبتاعها في استبرائها ثم حدث بها عيب.

ابن محرز: إن لم يبين فهي مسألة كذب.

قال ابن عبدوس: للمشتري حبسها بكل الثمن أو ردها إلا أن يحط البائع عنه مناب الافتضاض من الثمن وربحه، تقوم يوم الشراء بكرا، وثيبًّا إن نقصها الافتضاض ربع قيمتها يحط ذلك عن المبتاع فلا حجة له؛ لأنه رضي أخذها بكل الثمن، وليس ذلك كالتزويج لأن التزويج يجب بيانه في بيع المساومة، والافتضاض ليس كذلك، وإن فاتت عند المبتاع بحوالة سوقٍ فأكثر فليس له ردها بالافتضاض إلا أن يشترط أنها بكر فإن لم يشترط ذلك حكم فيها بحكم الكذب في الفوت والكذب فيها مناب كونها بكرًا من الثمن فلو كذب في الثمن والمبيع قائم ففي لزوم البيع بإسقاط كذبه وربحه.

ثالثها: إن عرف كذبه منه لا من غيره، لها ولعبد الملك.

ونقل ابن بشير عن المتأخرين وصوب اللخمي قول عبد الملك قال: ويحمل قول مالك إن المشتري قام بالكذب فقط، ولو قال: أرد لإمكان أن تكون ذمته استغرقت من ذلك لكان له الرد ولأن أدنى حاله أن الناس يكرهون مبايعة مثله فإن لم يكن نقد الثمن أو نقده، وعرف بعينه أو كان عرضا لم يفت فله الرد كقول عبد الملك وإن استهلكه مضى بالثمن الصحيح لأنه إن رد السلعة أخذ ثمنه من ذمة فاسدة إلا أن يكون حديث عهد بالجلوس للبيع وفائدة ذلك المال فلا رد له إن حط عنه الكذب وربحه، وإلا كان له الرد؛ لأنه دليل على أنه غير متوقٍّ في كسبه.

المازري: نقل الأسفراني عن مالك بطلان بيع الكذب وهم.

قُلتُ: لعله يريد ببطلانه: عدم لزومه، وهو قول عبد الملك.

الصقلي عن ابن عبد الرحمن: إن كان البائع معتادا للزيادة في الثمن معروفًا فللمشتري رد السلعة ولو حط عنه الكذب وربحه.

قُلتُ: الأظهر العكس إلا أن يكون المشتري طارئًا أو علم جهله بحاله، ولو فات المبيع ففيها مع غيرها لزوم القيمة ما لم تزد على ثمن الكذب وربحه أو تنقص عن ثمن الصدق وربحه.

عياض: وروى محمد: يطرح ما زاد وربحه ثم رجع فقال: القيمة أعدل، والنماء والنقص فوت، وفي حوالة الأسواق قولان لرواية ابن القاسم، ومفهوم رواية علي فيها: يفيتها النماء والنقص عند اللخمي مع الشَّيخ وللباجي هما وفاق لضعف دلالة المفهوم.

اللخمي: إن احتج بفساد ذمة البائع قبل دفع الثمن؛ فله الرد مع نقص العيب.

وفي كون القيمة يوم القبض أو العقد روايتا ابن القاسم وعلي.

فقال الشَّيخ: اختلاف وخرجها المازري: على تعارض قياسيها على البيع الفاسد لحرمة الكذب أو اختلاف المتبايعين لحق المبتاع في الثمن وملكه إمضاء البيع إن رضي.

ومال الصقلي لوفاقها باحتمال كون يوم البيع هو يوم القبض.

اللخمي: الاختلاف في وقت القيمة راجع إلى الاختلاف في المحبوسة بالثمن فعلى أنها من البائع القيمة يوم القبض وعلى أنها من المشتري القيمة يوم البيع؛ لأنه بيع

صحيح، تعلق به حق لآدمي ونقله المازري عنه، وقال: هذا الذي قاله، ظاهر الروايات لا يقتضيه؛ لأنه لم يذكر فيها هل حبس البائع السلعة المكذوب فيها بالثمن أو مكن المشتري منها فتكون القيمة يوم التمكن على أحد القولين.

قُلتُ: هذا بناء منه على أنه فهم إجراء اللخمي على الخلاف في المحبوسة أنه على الخلاف في المحبوسة في بيع المرابحة التي بيعت بكذب لا على المحبوسة من حيث الجملة، وهذا منه وهم، وإنما مراد اللخمي إجراؤها على المحبوسة من حيث كونها محبوسة، وتقريره أن المحبوسة من حيث ذاتها تمام البيع فيها الموجب لاستقلال المبتاع فيها بالتصرف موقوف على أمر يترقب حصوله في عقد صحيح وهو دفع الثمن وبيع الكذب في المرابحة تمام البيع فيه أيضًا الموجب لاستقلال المبتاع بالتصرف في المبيع موقوف على أمر يترتب حصوله في عقد صحيح وهو إسقاط البائع الكذب وربحه فاستوت الصورتان في هذا التوقف، فإن أوجب في المحبوسة كون الضمان يوم القبض فكذا يجب في المرابحة وإن لم يوجبه في المحبوسة وجب كون القيمة فيها يوم العقد عملًا بكون العقد فيها صحيحًا، وكذا يجب أيضًا في المرابحة بالقياس عليها، وما ذكره اللخمي من الإجراء على المحبوسة سبقه به أبو بكر بن عبد الرحمن فتخصيص المازري عزوه له قصور.

الصقلي عن الموازيَّة: ويؤدب معتاد الكذب في بيعه وفي موضع آخر، ويقام من السوق فهو أشد عليه من الضرب، فإن كذب فيما ملكه دون شراء بثمن الصدق فيه قيمته.

[باب في الغش]

والغش: أن يوهم وجود مفقود مقصود في المبيع، أو يكتم فقد موجود مقصود فقده منه، لا تنقص قيمته لهما للمبتاع فسخه في القيام وعليه الأقل من قيمته أو المسمى في الفوت أفاته(1).

(1) قال الرَّصاع: كذا ذكر الشَّيخ وحقه أن يقول: الغش هنا؛ لأنه قدم الغش في الرد بالعيب وقال الشَّيخ هنا في حده (أن يوهم وجود مفقود في المبيع أو يكتم فقد موجود مقصود فقده منه لا تنقص

ابن عبدوس: بحوالة الأسواق وخرج اللخمي من رواية علي لا يفيته إلا العيوب وله الرد وما نقصه العيب من الأقل من القيمة أو الثمن وأرى أن غشه بأن رقم على المبيع بعشرة اثني عشر وباع على عشرة أنه إن حط عنه الدينارين لزمه البيع، قال: وبيعه على الشراء ما ورثه غش.

قيمته لهما) قوله رَحِمَهُ اللهُ: (أن يوهم) مصدر مناسب للمحدود في مقولته ويرد ما قدمناه في كونه لم يقل إيهام وهو أخصر قوله: (وجود مفقود) معناه إيهام البائع أن المبيع به صفة مقصودة المشتري يرغب فيها أخرج به ما إذا أوهم مفقودا غير مقصود فإنه لا أثر له قوله: (مقصود) صفة لمفقود قوله: (أو يكتم) هذا أحد قسمي الغش وزاده ليكون حدا منعكسا قوله: (مقصود فقده منه) أخرج به أيضا ما إذا كان فقد المكتوم ليس بمقصود في البيع قوله: (لا تنقص قيمته) الضمير يعود على المبيع والجملة حالية والضمير من قوله لهما يعود على المفقود والموجود وأخرج بهذا القيد إذا كانت القيمة تنقص لهما فإنه ليس بغش.

(فإن قلت): ما مثال ما أوهم فيه مفقود في المبيع وما مثال صورة الكتم (قُلتُ): كمن ورث سلعة ثم باعها وأوهم أنه اشتراها فهذا قد أوهم موجودا مفقودا وهو شراؤها وشراء السلعة في بيعها في المرابحة مقصود في المبيع ومثال صورة الكتم أن يشتري سلعة تطول إقامتها عنده ثم يبيعها مرابحة على أنها لم تطل فهذا قد كتم فقد موجود مقصود فقده وذلك من الغش ولا شك أن المرابحة يقع فيها الكذب في الثمن ويوجد فيها العيب ويوجد فيها الغش وأحكام ذلك مختلفة.

(فإن قلت): حق الشَّيخ: أن يقول في حد الغش كما قدم في تقييده في الشركة المذكورة مع الإقالة فيقول الغش هنا ليخرج بذلك الغش في باب الرد بالعيب (قُلتُ): يظهر أن هذا لا بد منه ولعله رأى السياق يعين المحدود وفيه بحث والله أعلم ثم نقول أما الغش هنا فحكمه حكم الرد في العيب مع القيام وأما الكذب فحكمه مع القيام يخالف الغش لأن الغش إذا ثبت في المرابحة فللمشتري فسخه وعليه الأقل في الفوات من القيمة أو المسمى وأما الكذب فيلزمه مع القيام إذا أسقط البائع الكذب على الخلاف في ذلك وقد تتركب مسائل هذا الباب بأن تكون كذب مع غش أو كذب مع عيب أو غش مع عيب أو كذب وغش وعيب مثل ما إذا اشترى جارية لا ولد لها ثم يتزوجها وتلد ثم يبيعها بكل الثمن بدون ولد ولم يبين فولدها عيب وطول إقامتها غش وما نقص التزويج والولد من قيمتها كذب ولكل حكم يخصه.

(فإن قلت): قد تقدم للشيخ رَحِمَهُ اللهُ في الرد بالعيب حد الغش والتدليس بقوله إبداء إلخ وهنا قد رأيت ما حد به (قُلتُ): الغش هنا هو المعلوم بغش المرابحة وهو مغاير للتدليس في الرد بالعيب إذا تأملت ذلك ولك النظر في غش الرد بالعيب وفي غش المرابحة هل بينهما عموم وخصوص من وجه أو مطلق والظاهر التباين لتنافر خواصهما رحمه الله ورضي عنه ونفع به بمنه.

والعيب في المرابحة كغيرها.

اللخمي: هذا قول مالك، والقياس أن للمغبون منهما فسخه فإن كان المشتري اشترى بعشرة ما قيمته ثمانية، وقدر العيب الخمس فأسقط البائع خمس الثمن فقال المشتري أغرم قيمتها معيبة؛ لأنك لو أسقطت عني هذا الخمس مع القيام لم يلزمه فكذا في الفوت، وإن كان البائع فقال: لا أجبر على إمضاء البيع كما لم يكن ذلك علي مع القيام كان له ذلك، وقد قال مالك في الكذب: لا يجبر البائع على الحط في الفوت، وقال: ليس ظلمه موجب عليه أن يؤخذ بغير ما لم يبع به، فإن قيل: العيب بخلاف الكذب؛ لأنه بذهاب جزءٍ فكان كمن اشترى سلعتين فوجد واحدة قيل هذا غير صحيح، لأنه لو كان كذلك لجبر على رد ما قابل العيب في القيام ولأنا نعلم أنه ليس كالجزء ضرورة لو كان كذلك لم يرجع في فوت السلعة بشيء؛ لأن الثوب يكون ثلاثين ذراعا وعيبه درهم فلو نظر قدره من الثوب لم يكن له شيء محسوس ابن رُشْد على حكم الكذب أو الغش أو العيب يجري حكم المرابحة وشذت من هذا الأصل عند ابن القاسم مسألتان لم يحكم فيهما بحكم أحد الثلاثة إحداهما مسألة من حسب ما لا يحسب أو ضرب الربح على ما لا ربح له الثانية مسألة من باع على ما عقد له ولم يبين ما نقد ووافق سَحنون ابن القاسم في حكم العيب وفي حكم الكذب وخالفه في حكم الغش؛ لأنه عنده على قسمين أحدهما غش لا أثر له في زيادة الثمن كبيعه مرابحةً ما ورث أو ما وهب له أو ما طالت إقامته عنده ولم تحل أسواقه هذا وافق فيه ابن القاسم وغش له أثر في زيادة الثمن كبيعه مرابحةً سلعة بثمن اشتراها إلى أجل لأن الشراء إلى أجل يزيد في الثمن وكمن باع أحد ثوبين اشتراهما معا بما ينوبه من ثمنهما؛ إذ قد يضع عليه أكثر من منابه منه هذا خالف فيه ابن القاسم وحكم فيه بحكم الكذب في القيام والفوت فإن اجتمع على مذهب الغشان معا كبيعه ما طال زمانه وحال سوقه بنقص وافق ابن القاسم في القيام إن أراد البائع إلزام المبتاع البيع بحط الكذب ومنابه من الربح احتج عليه بطول الإقامة ويخالفه في الفوت فيحكم فيه بحكم الكذب ووجه الحكم فيه أن تقوم السلعة يوم بيعها بتلك القيمة ثمنها الصدق وتقوم يوم قبضها إن تأخر فتكون له القيمة ما لم يفضل الثمن أو تنقص من القيمة الأولى ومنابها من الربح

هذا نص سَحنون وهو معترض، والصواب: أن تقوم يوم ابتاعها ثم تقوم يوم باعها فينظر ما بين القيمتين لحوالة الأسواق ويحط ذلك الجزء من الثمن وربحه، وما بقي الثمن الصدق للذي لا ينقص منه إن كانت القيمة أقل.

قُلتُ: وتقدم نحوه، قال: فإن اجتمع عيب وكذب فحالاته خمس:

الأولى: كون السلعة قائمة لم تفت بوجه مثل أن يشتري سلعة فيحدث بها عنده عيب أو تكون جارية فيزوجها ثم يبيعها مرابحة ولم يبين ما حدث عنده ولا أن لها الزوج؛ لأنه زاد في ثمنها ما نقص العيب من قيمتها فإن لم تفت بوجه فلا طلب للمشتري إلا بحكم العيب وليس للبائع أن يلزمه إياها بحطه الكذب وهو قيمة العيب وربحه.

الثانية: أن تفوت بحوالة سوق أو نقص يسير فللمشتري القيام بحكم العيب حسبما تقدم أو بحكم الكذب، ويرضى بالعيب وثمنها الصدق المسمى مسقطًا منه أرش عيب التزويج ما بين قيمتيها يوم شرائها بعيب التزويج وسليمة ثم يقوم يوم ابتاعها أو يوم قبضها على الخلاف في ذلك فيكون على المبتاع تلك القيمة ما لم تنقص عن ثمن الصدق أو تفضل ما اشتراها به.

الثالثة: أن تفوت ببيع فلا طلب للمشتري إلا بحكم الكذب إذ لا رجوع للمشتري في العيب بشيء بعد البيع على مذهب ابن القاسم.

الرابعة: فوتها بالعيب المفسد له الطلب بأي الوجهين شاء وله الخيار في ثلاثة:

ردها ورد، ما نقصها العيب الحادث عنده.

أو الرجوع بقيمة العيب ومنابه من الربح.

أو الرضى بالعيب وطلب حكم الكذب حسبما تقدم.

الخامسة: فوتها بذهاب عينها أو ما يقوم مقامه من عقد حرية أو عطية لغير ثواب وشبه ذلك فله الطلب بحكم العيب أو الكذب حسبما فسرنا، ووقع في المدَوَّنة في هذا الوجه كلام طويل، واختلاف في الرواية يرجع الكلام على الرواية الواحدة إذا حملته على ظاهره أن المبتاع يرجع على البائع بقيمة العيب ومنابه من الربح على حكم العيب بانفراده، وعلى هذه الرواية اختصر المسألة ابن أبي زَمَنَيْن، وهي جل الروايات، وعلى

الرواية الثانية جعل الحكم في المسألة حكم الكذب بانفراده وهو الأظهر من قصد ابن القاسم في الكتاب؛ لأنه لو قصد إلى حكم العيب بانفراده لقال يرجع بقيمة العيب وبما ينوبه من الربح فاستغنى عن التطويل في ذكر القيمة واعتبارها بما إذا حصل لم يرجع لمعنى فيه فائدة وفي كل هذا نظر، والصحيح ما نذكر ه بعد من التأويل؛ لأن الرجوع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح أفضل للمشتري في هذه المسألة ممن حقه طلبه على مذهب ابن القاسم؛ لأن عقد الحرية ولو بتدبير على قوله فوت توجب للمبتاع الرجوع بقيمته، فهذه الرواية تضاهي رواية علي: أن من اشترى عبدًا فوهبه فهو فوت ولا رجوع له بقيمة العيب إلا أن يتأول أنه رضي بالعيب وطلب حكم الكذب، والرواية الأولى على تأويل ابن أبي زَمَنَيْن يحتمل أن يكون إنما رجع المبتاع فيها بقيمة العيب ومنابه من الربح على حكم العيب لأنه أفضل للمشتري وهو بعيد في الظاهر، ولو اشترى معيبًا عالمًا بعيبه، وباعه بأكثر من ثمنه وكتم عيبه كان أبين في اجتماع الكذب والعيب وللمشتري في فوت المبيع بذهاب عينه أو ما يقوم مقامه المطالبة بالأمرين معًا:

يرجع على البائع بأرش العيب ومنابه يؤمر البائع بحط الكذب ومنابه من الربح فإن أبى فعلى المبتاع القيمة ما لم تفضل الثمن مسقطًا منه أرش العيب ومنابه من الربح.

– أو ينقص على الثمن الصحيح مسقطًا منه قيمة العيب وما ينوبه من الربح.

وعلى هذه الوجوه يحمل قول ابن القاسم في المدَوَّنة فيحمل قوله على أنه رجع في آخر المسألة إلى التكلم على هذا الوجه وإن كان لم يبتدئ في كلامه عليه ولا يجعل كلامه لغوا وتكريرًا لغير فائدة كما فعل ابن أبي زَمَنَيْن.

قُلتُ: صورها اللخمي بمن ابتاع بعشرة وباع باثني عشر واطلع المبتاع على عيب فله الرد به في القيام، ولو أسقط الكذب، فإن فات بنماء أو نقصان كان فوتًا في بيع العيب والكذب، فعلى القول بحط الكذب يثبت يبدأ بإسقاطه وربحه ثم يحط العيب من الثمن الصحيح وهو العشرة وربحها، على أن الكذب لا يسقط إلا برضى البائع فبدأ بإسقاط العيب من كل الثمن صحيحه وسقيمه إن قيل قيمته صحيحًا عشرة ولأن الثمن لا غبن فيه، ومعيبًا ثمانية كان له ثمانية وأربعة أخماس دينار؛ لأنها الثمن الصحيح بعد طرح الكذب والعيب، وإن كانت القيمة أكثر فله ما لم يجاوز أربعة أخماس الثمن

بكذبه وربحه، وإن فات بحوالة سوق فهو كالقائم على رواية علي، وعلى رواية ابن القاسم فائت في الكذب لا في العيب فله الرد به وله حبسه ثم يخير البائع في حط الكذب وربحه أو يعطى قيمة سلعته ما لم تكن أقل من العشرة وربحها؛ لأنه الثمن الصحيح أو أكثر مما يباع به ويختلف في الصفة التي تقوم عليها فقال محمد: تقوم سالمة؛ لأن المشتري رضي بالعيب لما لم يرد به دون غرم.

وقال ابن سَحنون وابن عبدوس: تقوم معيبة وهو أحسن؛ لأن القيمة بدل العينين التي قبض والعيب التي كان برد معيبه.

وفيها: من ابتاع أمة فزوجها لم يبع مرابحة ولا مساومة حتى يبين؛ لأنه عيب، فإن باع ولم يبين فللمبتاع قبولها بجميع الثمن أو ردها وليس للبائع أن يلزمه إياها بحط قيمة العيب ولا يفيتها حوالة سوق أو نقص خفيف ولا زيادة لأنه من معنى الرد بالعيب بخلاف من اطلع على زيادة في الثمن فإن فاتت بعتق أو تدبير فعلى البائع حصة العيب من الثمن وربحه.

الصقلي عن ابن عبدوس: هذا معنى ما كرر فيه الكلام في الكتاب فجعله الشَّيخ تفسيرًا لها. والذي فيها مع كتاب ابن سَحنون في فوتها بعتق ونحوه إن حط البائع حصة العيب وربحه فلا حجة للمبتاع فإن أبى فللبائع القيمة ما لم تنقص من الثمن بعد إلغاء قيمة العيب وربحه أو يزيد على الثمن ولا يزاد ولا ينقص.

الصقلي: هذا إن أسقط حكم العيب وطلب حكم الكذب ولو طلب حكم العيب كان ما قاله ابن عبدوس.

وقال بعض أصحابنا عن بعض شُيُوخه القرويين: هي مسألة عيب وكذب؛ لأنه لو بين أنها متزوجة وكتم أنه اشتراها دون زوج ثم زوجها كانت مسألة كذب فإذا لم يذكر تزويجها صارت مسألة عيب وكذب، فإن فاتت بعتق ونحوه وجبت قيمة العيب فإن حطه مع ذلك الكذب، وربحه فلا حجة له، وإن أبى قيل: ما قيمتها سليمة يوم ابتاعها الأول قيل: ثلاثون وكم قيمتها يومئذ متزوجة؟ قيل: عشرون فنقصها التزويج ثلثها، فإن كان اشتراها الأول بمائة وربح عشرين أسقط ثلث جميع ذلك أربعون يبقى ثمانون هو ثمنها بلا كذب، ثم يقال: ما قيمتها يوم اشتراها الثاني؟ فيقال: أربعون،

وقيمتها يومئذ معيبة ثلاثون فنقصها العيب في هذا البيع الربع، فأسقط ربع كل الثمن ثلاثين تبقى تسعون ثم أسقط ربع الثمانين التي هي الثمن بلا كذب، وذلك عشرون تبقى ستون هو ثمنها بعد إسقاط قيمة العيب والكذب وربحهما فتكون له القيمة ما لم تنقص عن ستين أو تزيد على التسعين.

الصقلي: هذا خلاف قول ابن عبدوس؛ لأنه جعلها مسألة عيب؛ لأن الكذب هو العيب فإذا أخذه بالكذب والعيب أغرمه قيمة العيب مرتين، وإنما يصح ذلك أن لو كان الكذب غير العيب والكذب هنا هو العيب فأرى أن يخيره بين أن يأخذه بالكذب أو بالعيب أي ذلك كان أنفع له أخذ به، وقد تقرر أن ثمنها بعد طرح الكذب وربحه ثمانون فإن أعطاه إياها فلا حجة له؛ لأنها أنفع له وإن أبى كان عليه القيمة ما لم تنقص عن ثمانين أو تزيد على الثمن بعد إسقاط قيمة العيب وربحه وذلك تسعون وإن نقصها العيب في التقويم الأول الربع وفي الثاني الثلث، فالأنفع له أخذه بحكم العيب فيأخذها بثمانين فتسقط قيمة العيب وربحه، وذلك أربعون وإنما هذا إن اختلفت القيمة في القيمتين ولو تساوت أخذه بالتدليس لأن إسقاط قيمة العيب وربحه كإسقاط الكذب.

ابن رُشْد: وإن اجتمع العيب والغش مثل أن يبتاع معيبًا عالمًا بعيبه وطالت إقامته عنده ثم باع ولم يبين فحالاته خمس:

إن بقي المبيع بحاله خير المبتاع في رده.

وإن فاته ببيع فإنما له طلب حكم الغش فتكون عليه قيمته إن فضلها الثمن.

وإن فات بحوالة سوق أو نقص يسير خير في الرد بالعيب أو الرضى به ويقوم بحكم الغش فيغرم الأقل من القيمة أوالمسمى.

وإن فات بعيوب مفسدة خير في ثلاثة أوجه:

- أحدهما: ردها وما نقصها.
- الثاني: حبسها والرجوع بقيمة العيب ومنابه من الربح.
- والثالث: الرضى بالعيب وطلب حكم الغش فيكون عليه الأقل من قيمتها أو المسمى.

وإن فات بفوت عينه أو ما يقوم مقامه خير في وجهين: حكم العيب فيحط عنه قيمة العيب ومنابه من الربح. أو الرضى بالعيب وطلب حكم الغش فيكون عليه الأقل من القيمة أو المسمى.

اللخمي: إن فاتت بنماء أو نقص فللمشتري أن يمسك ثم يبتدئ بالعيب بحط قدره من الثمن إن قومت سليمة بعشرة ومعيبة بثمانية كان على المشتري ثمانية فقط؛ لأن العيب نقصها الخمس، وأربعة أخماس الثمن ثمانية دنانير وهي التي تلزم من جهة الغش فقط لأنه لا يضرب، لها بربح وإن قومت سليمة بثمانية ومعيبة بسبعة كان عليه سبعة فقط لأن الثاني بعد العيب سبعة أثمان الثمن تسعة إلا ربع، وربحها دينار إلا ثمن كل ذلك تسعة ونصف وثمن هذا الثابت من ناحية العيب ثم يرجع إلى حكم الغش فليس له إلا قيمته معيبًا، وهي سبعة دنانير التي تستحق بعد طرح العيب فيصير المشتري كمن لم يشترها إلا معيبة بتسعة ونصف وثمن ثم علم بها خدعه فيعطى القيمة ما لم تجاوز الباقي، وإن قومت سليمة باثني عشر ومعيبة بعشرة سقط حكم الغش، لأن العيب نقصها السدس وهو ديناران إلا سدس من المسمى والباقي تسعة دنانير وسدس فقيامه بالعيب خير له، وإن تغير سوقها كان فوتًا من جهة الغش فقط على قول ابن عبدوس فله الرد بالعيب، وحبسها ويدفع القيمة من ناحية الغش ويختلف في الصفة التي تقوم عليها، قال محمد: تقوم غير معيبة؛ لأنها لم تفت من ناحية العيب، وعلى القول الآخر تقوم معيبة وتقدم وجهه.

ابن رُشْد: وإن اجتمع الكذب والغش مثل أن يبتاعه معيبًا بعشرة دنانير فتطول إقامته ويبيعه باثني عشر ولم يبين، فإن لم تفت فله الرد والتماسك وليس لبائعه إلزامه إياه بطرح الكذب وربحه لاحتجاجه بالغش، وإن فات بحوالة سوق أو نماء أو نقصان فمطالبته بالغش أفضل له فيكون عليه الأقل من القيمة أو المسمى.

زاد اللخمي: إن كانت قيمته يوم قبض ثمانية أو تسعة أو فوق ذلك دون عشرة وربحها غرم القيمة فقط وإن كانت قيمته فوق ذلك اتفق جواب الكذب والغش يغرم قيمته دون ربح ما لم تجاوز الكذب وربحه على القول بحط الكذب حكمًا كالعيب يبتدئ بحطه ثم يغرم القيمة ما لم تجاوز الباقي.

ابن رُشْد: وإن اجتمع العيب والكذب والغش مثل شرائه جارية ولا ولد لها فيزوجها وتلد عنده أولادًا ثم يبيعها بكل الثمن دون ولدها، ولم يبين أن لها ولدًا فولدها عيب، وطول إقامتها إلى أن ولدت غش، وما نقص التزويج والولد من قيمتها كذب، فإن لم تفت فليس للمشتري إلا الرد ولا شيء عليه أو حبسها ولا شيء له، وليس للبائع أن يلزمه إياها بحط شيء من الثمن لأجل العيب والغش، وإن فاتت ببيع فلا طلب له بالعيب وطلبه بحكم الغش أنفع له من طلب حكم الكذب فيغرم الأقل من قيمتها أو المسمى لأنه أحسن له من حكم الكذب وإن فاتت بحوالة سوق أو نقص يسير فله الرد بالعيب أو الرضا به بحكم الغش فيغرم الأقل من قيمتها أو المسمى؛ لأنه أحسن له من حكم الكذب وإن فاتت بعيب مفسد خير في ثلاثة أوجه:

أن يردها وما نقصها العيب عنده.

أو يمسك ويرجع بقيمة العيب ومنابه من الربح.

أو يرضى بالعيب ويقوم بحكم الغش فيغرم الأقل من قيمتها أو المسمى؛ لأنه أحسن له من حكم الكذب وإن لم يرد والولد صغير لم يبلغ حد التفرقة جبرا على الجمع بينهما في ملك واحد أو يرد البيع، وإن فاتت بفوت عينها أو ما يقوم مقامه خير في الرجوع بقيمة العيب ومنابه من الربح أو الرضى بالعيب وطلب حكم الغش، وصورها اللخمي بمن اشترى سلعة بعشرة، وقال: ثمنها اثني عشر وربح دينار أو أرقم عليها خمسة عشر ووجد بها عيبًا بعد فوتها بنماء أو نقصٍ فعلى القول بإسقاط الكذب حكمًا يسقط هو وربحه وهو ديناران وسدس، والباقي أحد عشر إلا سدسًا ثم يرجع للعيب فتقوم السلعة سليمة إن كانت قيمتها سليمة عشرة وقيمتها معيبة ثمانية فقيمة العيب الخمس وهو ديناران وسدس، فالباقي بعد طرح العيب وربحه ثمانية دنانير وثلثا دينار هذا ما تستحقه بعد طرح الكذب وربحه، فيقول المشتري بقي مقالي فيما غشني به من رقمٍ أو كتمان طول إقامة مكثها فأعطيه القيمة بغير ربح ما لم تجاوز الباقي والقيمة ثمانية دنانير فلا شيء له غيرها، وإن كانت قيمتها سليمة ثمانية، ومعيبة سبعة أو ستة لتغابن كان في البيع لم يكن للبائع إلا تلك القيمة فمتى كانت هي والثمن

متساويين أو القيمة أقل لم يكن على المشتري غيرها، وإن كانت أكثر من الثمن ومنابه من الربح بعد طرح العيب سقط حكم الغش وبقي حكم الكذب

وفيها: من باع سلعة مرابحة، وقال: قامت علي بمائة فأربح عشرة ثم ثبت أنها قامت عليه بمائة، وعشرين فإن لم تفت خير المشتري بين ردها أو يضرب له الربح على عشرين ومائه فإن فاتت بنماء أو نقصٍ خير المشتري إن شاء أخذها بقيمتها يوم التبايع إلا أن تكون القيمة أقل من عشرة ومائة فلا ينقص منه، أو يكون أكثر من عشرين ومائة وربحها فلا يزاد عليه.

قُلتُ: قوله: إن فاتت بنماء أو نقص خير المشتري إلخ فيه نظر لأن ما فسر به التخيير ليس بتخيير بحال؛ ولذا عبر اللخمي بقوله: غرم المشتري قيمتها ما لم تنقص عما تبايعا به أو تزد على المائة وعشرين وربحها، ثم قال: وأرى إن فاتت بزيادة وقيمتها يوم قبضها أكثر مما اشتراها ولا تجاوز المائة وعشرين، وربحها أن يخير في غرم قيمتها أو ردها لأنها أفضل مما كانت فلا مضرة على البائع، وإن نقصت بغير سبب المشتري أن يردها ناقصة إلا أن يمضيها له البائع بما باعها به ويختلف إن نقصها من سببه خطأ هل يضمنها أو يردها ناقصة، ولا شيء عليه، وكذا إن كان المبيع ثوبًا فنقص عنده، ثم طلب البائع فضل الثمن فإن نقص بلبسه لزمته قيمته ما لم تكن أقل مما باعه أو أكثر من المائة وعشرين وربحها وإن نقص بلبسه لم يضمن قيمته وله رده بنقصه، إلا أن يمضيه البائع بما باع به ويختلف إن كان نقصه؛ لأنه قطعه ولم يلبسه؛ لأن الغلط من البائع بتسليطه، كمن باع ثوبًا فأعطى المشتري غيره فقطعه المشتري في غرم المشتري نقص القطع خلاف.

قُلتُ: لم يحك الصقلي إلا القول بعدم غرمه وقال: بخلاف من اشترى ثوبًا مرابحة فقطعه ثم اطلع على كذب البائع القطع في هذا فوت، ففرق ابن الكاتب بأن ثوب الكذب لو هلك ببينة بعد قبضه المبتاع كان منه ولو هلك ثوب الغلط كذلك كان من بائعه.

الصقلي: ولأن ثوب المرابحة مبيع وثوب الغلط غير مبيع، ولابن رُشْد في آخر مسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم في جامع البيوع: إن باع مرابحة ثم ادعى أن

ثمنه أكثر مما باعه به وإنه غلط فيه واختلط له بغيره فإن كانت له شبهة من رقم أو شهادة على ما وقع به عليه في مقاسمة أو في شراء صدق، ولما كان أحد أسباب الغش طول المكث المعروض لكونه عن احتكار لزم بيانه.

فيها: الحكرة في كل شيء من طعام أو غيره جائز وما أضر احتكاره بالناس منع احتكاره.

ابن رُشْد: ما يضر ممنوع اتفاقًا، وما لا يضر في جوازه في الطعام والإدام ومنعه ثالثها: فيما عدا القمح والشعير، ورابعها: في الإدام والفواكه فقط لها وللأخوين مع المدنيين وسماع أشهب، ودليل قول ابن حبيب وقول الشَّيخ: قول الأخوين معناه في المدينة؛ إذ لا يكون الاحتكار فيها إلا مضرًا لقلة الطعام بها يدل على أنهم متفقون على أن علة المنع منه تغلية الأسعار، وإنما اختلفوا في جوازه لاختلافهم في وجود العلة، وعدمها وهو في غير الأطعمة من عصفرٍ وكتان وغير ذلك جائز إن لم يضر.

اللخمي: الأول أحسن وفي ادخار الأقوات في الرخاء مرتفق وقت الشدة ولولاه لم يجد الناس عيشًا في الشدة ولو قيل إنه مستحسن لم أعبه.

قُلتُ: هو مقتضى تعليله بالارتفاق لأنه مصلحة راجحة، سالمة عن مضرة الناس إن كان فاعله لا يتمنى غلاء، قال: ومن قدم بطعام لم يمنع من ادخاره إلا أن يكون جهد فيؤخذ ببيعه.

قُلتُ: هو قول عمر في الموطأ.

الباجي: روى محمد ما علمت في التربص بالطعام لرجاء غلائه بأسًا، قيل له، من يبتاع الطعام ويحب غلاءه؟ قال: ما من أحد يبتاع طعامًا أو غيره إلا ويحب غلاءه.

قُلتُ: والأصل في ذلك حديث مسلم عن سعيد بن المسيب عن معمر قال: قال رسول الله ﷺ من احتكر فهو خاطئ قيل لسعيد: إنك تحتكر، قال: كان معمر يحتكر[1].

---

(1) أخرجه مسلم رقم (1605) في المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، والترمذي (1267) في البيوع، باب ما جاء في الاحتكار، وأبو داود رقم (3447) في الإجارة، باب النهي عن الحكرة.

اللخمي قال مالك: من احتكر في وقت يضر بالناس أشرك فيه أهل السوق بما اشتراه به وإن لم يعلم ثمنه فبسعر يومه ولابن العربي في عارضته: إن كثر الجالب وكان إن لم يشتر منه رد الطعام كانت الحكرة مستحبة، وسمع ابن القاسم إذا غلا الطعام واحتيج إليه وبالبلد طعام فلا بأس أن يأمر الإمام أهل الطعام بإخراجه للناس.

ابن رُشْد: مثله في الموازيَّة.

ابن العربي كان خليفة بغداد إذا زاد السعر أمر بفتح المخازن ويبيع بأقل مما يبيع الناس فإذا رجع الناس إلى ذلك السعر أمر أن يباع له بأقل حتى يرد السعر إلى أوله وذلك من حسن نظره.

الباجي: من معه طعام زراعة أو جلبه لم يمنع من احتكاره كان ذلك في ضرورة أو غيرها.

وروى محمد: يبيع هذا متى شاء ويمسك إذا شاء ولو بالمدينة وأما من صار إليه الطعام بابتياع في وقت سعة ثم لحق الناس، شدة، فروى محمد: إن كان الغلاء الشديد، وعند الناس طعام مخزون أيباع عليهم؟ قال ما سمعته، وقال في موضع آخر: لا بأس أن يأمر بإخراجه إلى السوق.

قُلتُ: ظاهر العتبيَّة وقول ابن رُشْد: إذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقًا كان من زراعة أو جلب خلاف ما نقله الباجي، قال: ومن اشتراه بالفسطاط للريف وهو بالفسطاط كثير وبالريف ما يغني أهله فروى محمد منع ذلك؛ لأن المصر مجتمع الناس ورعيه أولى إن فسد فسدت الأرياف، وإن كانت الحاجة بالريف والكثرة بالمصر جاز إخراج أهل الريف منه إليهم، وإن كان بالمصر قليلًا يخاف من إخراجه للريف مضرة منع من إخراجه لتساوي الحالين ومراعاة المصر أولى.

وسمع ابن القاسم: إن كان عند أهل الريف والسواحل ما يغنيهم منعوا اشتراء الطعام من الفسطاط، وإن لم يكن عندهم ما يغنيهم من الطعام فلهم أن يشتروا.

ابن رُشْد: على قول المدَوَّنة يحتكر أهل الريف والسواحل من الفسطاط إن لم يضر ذلك بهم، وعلى هذا السماع لا يحتكرون وإن لم يضر ذلك بهم ووجهه أن الحواضر فيها يؤخذ الطعام في الشدائد.

وقوله: إن لم يكن عندهم ما يكفيهم فلهم أن يشتروا؛ يريد: ولو أضر ذلك بأهل الفسطاط والقرى التي فيها الأسواق حكمها حكم الفسطاط قاله في المدَوَّنة، فلا يحتكر هؤلاء من هؤلاء ولا هؤلاء من هؤلاء إذا أضر بهم ومن لم يكن عنده ما يغنيه فله الشراء؛ لقوته هؤلاء من هؤلاء وهؤلاء من هؤلاء وإن أضر بهم؛ لأن المواساة بين المسلمين واجبة.

مسمى لفظ المبيع: إن كان متعينًا بذاته كالعرصة، دون نقضها وعكسه فواضح وإلا حمل على الراجح إن كان وإلا فمقتضى الأصول فساد بيعه للجهل به في رهونها من ارتهن أرضًا ذات نخل ولم يسمها أو ارتهن النخل ولم يذكر الأرض فذلك موجب لكون الأرض والرهن والنخل رهنًا، وكذا في الوصية والبيع، وفي ترجيح ذكر المبيع في وثيقة بيعه غير منسوب لبائعه بلفظ له وعدمه، نقلا ابن فتوح عن الموثقين فيقول: على الأول اشترى فلان من فلان جميع الدار التي له بموضع كذا، ورجح الثاني محتجًا بقول أهل العلم في وثائقهم اشترى فلان من فلان جميع ما حوته أملاكه، ولا فرق بين أملاكه وبين الدار التي له.

قلت مقتضاه عدم الخلاف في نسبته له بالإضافة فقط، وقول المتيطي قولنا: ابتاع منه جميع الدار أولى من قولنا: جميع داره، وكذا كل ما يباع من مبيع لما وقع في ذلك من الخلاف.

قال بعض الموثقين: إن أضافه للبائع ثم استحق من المبتاع لم يرجع على البائع بشيء لأن إضافته إليه إقرار من المبتاع بتحققه ملك البائع ما باعه منه.

وقال ابن الهندي وغيره: لا يمنع ذلك رجوع المبتاع عند الاستحقاق؛ لأن الإضافة والنسبة إلى ملكه تصدق في ملكه بزعمه، ولو صرح المبتاع بتمليك البائع المبيع ثم استحق ذلك منه ففي رجوعه على البائع روايتان، بالأولى قال أشهب وعبد الملك وابن وَهْب، وسَحنون واختاره شُيُوخ الأندلسيين وهو دليل قولها في الاستحقاق من له على رجل ألف درهم فحطه نصفها على إن أخذه عبده ميمونًا بنصفها فاستحق رجع عليه بالألف، فقوله: (عبده) كقول الموثق: (ابتاع منه داره).

قُلتُ: يرد بأنه يصدق لفظ عبده مع العبارة عنه بغير الإضافة ولو سلم فتقدم كون

الإضافة غير صريحة في الدلالة على اعتراف المبتاع بملكه، والرواية إنما هي في صريح الاعتراف.

المتيطي: وحد المبيع دارًا أو أرضًا منه.

وقال ابن الهندي وابن العطار وغيرهما: ما لم يصرح بضده وكقول كثير من الموثقين حدها في القبلة دار فلان.

ابن عتاب: سأل إسماعيل القاضي عن قوله حدها في الشرق الشجرة هل تدخل في المبيع فوقف ثم قال لسائله: قرأت في باب كذا في سيبويه فدلني على أنها تدخل في المبيع.

قال ابن سهل وفي هذا نظر.

قُلتُ: قولهم: حد الشيء منه ينفي توقف القاضي ونظر ابن سهل.

سئل ابن عتاب عمن له داران متصلتان في صف واحد باباهما في ناحية واحدة ساق إحداهما في مهر زوجته بلفظ: ساق إليها جميع الدار التي بموضع كذا، حدها في القبلة كذا وفي الجوف كذا وفي الشرق كذا وفي الغرب الطريق إليها يشرع بابها ثم ماتت زوجته بعد أزيد من عام فطلب وارثها إرثه في الدار المسوقة، وطلبه في الدارين؛ لأن الحدود مشتملة عليهما ولو كانت المسوقة إحداهما كان حدها في الجوف، الدار الأخرى لا الأرض التي لفلان، وقال الزوج: لم أسق إلا أحدهما التي بقبله الأخرى فأجاب بلزوم السياقة في الدارين إلا أن يأتي الزوج بما يبين أنها في الواحدة فقط؛ لأن الحدود أقوى من تسميتها دارًا واحدة.

ابن سهل: هذا هو الفقه إن حقق وارث المرأة أنها في الدارين وإن قال: لا علم لي إلا لفظ الصداق بالتحديد فالقول قول الزوج مع يمينه.

المتيطي: قولنا بحقوق المبيع، وحرمه ومنافعه ومرافقه يغني عن تسميته ذلك، ولو زيد في الفرن، وموضع جمع الحطب له وفي الحمام: وموضع إعداد الزبل، وبئر سانيته.

وفي الرحى وأفنيتها ومناصبها وجسرها وغير ذلك مما يمكن انفصاله كان حسنًا. وقولنا: في الدار وشبهها وكل جدرها المحيطة بها هو الصواب لو سكت عنه ووجد

المشتري حائطًا منها لغيره لم يكن له حق على بائعها ولم يدخل في جملة حقوقها ولو ذكرت ثم خرج جدار منها لجاره رجع بحصته من ثمنها ولو لم يذكر الجدر وادعى المبتاع أن البائع شرط ذلك له حلف البائع على تكذيبه وكل ما بالدار المبيعة حين العقد مما ينقل من دلو وبكرةٍ وباب وصخر وتراب، كان معدًا لإصلاح الدار أو مما انهدم منها فهو لبائعها لا لمبتاعها إلا بشرط، وكذا قال ابن فتوح وغيره.

قُلتُ: ونحوه قولها: ما كان ملقى في الأرض من حجر أو باب أو خشبة سارية فالقول فيه قول المكتري.

المتيطي: اختلف في السلم الذي يرتقى به إلى الغرف فقال ابن العطار وابن زَرْب: هو للمبتاع ولو لم يشترطه ولو كان ينقل باليد من مكان لآخر، واحتج ابن زَرْب بها في الوثائق من قولهم بمنافعها ومرافقها والسلم منها.

ابن سهل: يؤيده سماع عيسى ابن القاسم من اكترى منزلًا فيه علو لا درج له ولا سلم فقال لرب المنزل: اجعل لي له سلمًا فتوانى ولم ينتفع به المكتري حتى مضت السنة طرح عنه مناب العلو من الكراء وقاله ابن عتاب في السلم المبني قال: والمنقول للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قال بعض الموثقين إلا أن يكون مسندًا لعلية يرقى منه إليها فهو للمبتاع وحكى بعض الأندلسيين عن ابن حبيب: إن السلم للمبتاع وإن لم يشترطه.

قُلتُ: قال ابن رُشْد في سماع عيسى: هذا بخلاف الشراء لو باع دارًا فيها علو وفيها سلم فهو للبائع، وقول ابن العطار إنه للمبتاع قياسًا على هذا السماع غير صحيح، ولو صح قياس الشراء على الكراء لوجب على البائع أن يأتيه به وإن لم يكن في الدار، وهذا لم يقله ابن أحد فما أصاب في قوله ولا قياسه، وقال: من باع دارًا بها مبينة فهي للمبتاع السرير، والحجر الأسفل وللبائع الحجر الأعلى قياسًا على قول بعض الشُيُوخ، معنى قوله في المدَوَّنة لا شفعة في الأرحى، الحجر الأعلى لا الأسفل لأنه من البناء كقدر الحمام، وهي تفرقة لا وجه لها، إذ لا ينتفع بأحد الحجرين، دون الآخر والصواب في المطاحن المبنية بالدار أنها للبائع إذ ليست من بناء الدار ولا من أنقاضه.

المتيطي عن بعض الأندلسيين: لا يختلف في خرزة المعصرة إن لم تذكر في عقد الابتياع؛ لأنها مقصودة في الابتياع؛ إذ لا منفعة للمعصرة إلا بها وما بالدار من جبح

منصوب للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، والنحل في جدار بيت الدار في كوى فيه.

قال بعض الموثقين: ونحوه لابن العطار وغيره هي للمبتاع؛ إذ لا يستطاع إزالتها إلا بهدم الكوى، قال: والحمام في برج فيها بخلافه هي للبائع؛ لأنها تؤخذ دون إضرار بالمبتاع في برجه ونحوه للشيخ أبي الوليد، قال: وقال ابن العطار: هما سواء النحل والحمام للمبتاع.

وفي وثائق الباجي: هما معًا للبائع إلا أن يشترطه المبتاع بعد المعرفة به، ونحوه لأبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن.

ابن عات: قال ابن عتاب: أفتى ابن الفخار فيمن باع ملكًا بقرية وفي الملك شجر زيتون طاب ثمرها لم يشترطه المبتاع إلا أن في الوثيقة اشترى فلان من فلان جميع ما حوته أملاكه في الأرض والشجر ولم يذكر الثمرة، فطلب المبتاع أخذها أنها له واحتج بأن الشجر نفسه لو لم يذكر في الابتياع دخل فيه وتبع الأرض فإذا دخلت الأصول في الشراء فالثمرة أحرى.

قال ابن عات: ولم يذكر هل ذلك رواية ولم يسأل عنه؛ إذ كان لا يتجرأ على سؤاله، وكان حافظًا ذاكرًا للروايات ولم أزل أطلب ذلك فلما امتحنته بالفتيا ونزلت هذه المسألة في دار بيعت فيها نخلة مزهية فأفتيت بما كنت أسمع منه وخولفت في ذلك، ولم أزل أطلبها إلى أن ظفرت بها في كتاب الشروط لابن عبد الحكم قال: من الناس من يقول من اشترى دارًا بما فيها، وفيها نخل فالثمرة للمشتري ولو طابت، وأما نحن فنجعل ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع اتباعًا للسنة.

قال ابن عتاب: والذي أقوله ما شاهدت الفتيا به وبه نفذ الحكم.

قُلتُ: ظاهر قوله ظفرت بها إنه ظفر بما يوافقه، وحاصل ما ذكر أنه ظفر بما يخالفه فتأمله، وتمامها في الإبار.

ابن عات: في بعض الكتب قال سئل عن رجل باع داره وفيها زبل لصق بقاعتها ولم يذكر وقت التبايع ثم ادعاه كل واحد منهما قال: هو للمبتاع إلا أن يشترطه البائع.

وسمع سَحنون ابن القاسم: من ابتاع دارًا فيها نقض لرجل هو فيها بكراء وأبواب في بيوت الدار وحضر المكتري شراءه ثم طلب النقض والخشب فقال له

المشتري: حضرت شرائي فلم تدع شيئًا وقد وجب لي كل ما بالدار فذلك كله للمكتري من قبل أنه يقول: لم أظن أن ذلك يكون لك.

ابن رُشْد: قوله: الأبواب والنقض للمكتري معناه: إن كانت له بينة أنه أتى بذلك من عنده وأقر صاحب الدار له بذلك قبل البيع؛ إذ لا يقبل إقراره له بذلك بعد البيع وإنما عذر المكتري في سكوته حين البيع لأن من حجته أن يقول: إنما سكت لأني ظننت أن من اشترى دارًا لا شيء له من نقضها الملقى فيها إلا أن يشترطه، ولو قال: أبيعك الدار بأنقاضها وأبوابها والمكتري يسمع فلم ينكر، كان سكوته إجازة للبيع، وكان له من الثمن مناب النقض والأبواب إن كان رب الدار مقرًا له بالنقض، والأبواب، وإن لم يكن مقرًا له بذلك، ولا مكذبًا لبينته التي شهدت له بذلك وإنما ادعى أنه اشترى ذلك بماله وبما كان له عليه من كراء كان سكوته على البيع تصديقًا للبائع فيما ادعى ولم يكن للمكتري شيء من النقض والأبواب ولا من ثمنها هذا الآتي على أصولهم، وقيل: لا يبطل حقه في الأنقاض إن كانت له بينة أنه أتى بها ويأخذ ما يجب لها من الثمن بعد حلفه على تكذيب بائع الدار إلا أن يطول سكوته بعد البيع ولو ادعى النقض المبنية في الدار والأبواب المركبة فيها ولا بينة له بهما لم يكن له شيء منها، ولو كان النقض مطروحا في الدار والأبواب غير مركبة فيها ولا مقلوعة منها ما دخلت في البيع وكانت للمكتري مع يمينه بيعت الدار، أو لم تبع إن ادعاها صاحب الدار.

وقال ابن دحون: إنما لم يضر سكوته عند البيع، وله بينة بالأنقاض من أجل أنه في الدار، ولو كان خارجًا عنها لم يكن له منها شيء، وهذا لا وجه له، لا فرق بين كونه في الدار أو خارجًا عنها.

قُلتُ: ظاهر قوله في السماع: وقد وجب لي كل ما في الدار: مع قوله: لم أظن أن ذلك يكون لك أنه لو لم يدعه المكتري لكان له داخلًا في المبيع ومثله قول ابن رُشْد لا يقبل إقرار البائع بذلك للمكتري بعد عقد البيع، وقد تقدم من نقل المتيطي وغيره: أن ما بالدار حين البيع مما ينقل ويحول من خشب وصخر وتراب كان معدًا لإصلاح الدار أو مما انهدم منها فهو للبائع.

المتيطي: لو كان بالدار المبيعة صخر أو رخام أو عمد وشبه ذلك لم يعلم به

المتبايعان ثم علماه فمعلوم مذهب ابن القاسم أنه للبائع إن ادعاه وأشبه أنه له بميراث أو غيره وإلا فهو لقطة.

وقال سَحنون وابن حبيب وابن دينار: هو للمبتاع وهو ظاهر قول ابن القاسم في العتبيَّة.

قُلتُ: في نوازل سَحنون: من وجد في عرصة ابتاعها بئرًا عادية لها بال، فقال البائع: بعتك ما لا عرفته فأنا أفسخ بيعه هي للمشتري.

ابن رُشْد: وكذا لو وجد المشتري صخرًا أو عمدا أو رخامًا، وقاله ابن حبيب وابن دينار وهو قياس أحد قولي ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب الأقضية فيمن وجد في أرضه جبًّا بابه بأرض غيره إن له منه ما كان في أرضه ويسد فيما بينه وبين صاحبه ولا يستحقه جاره بالباب، ويأتي على قياس قول ابن القاسم أن الجب لصاحب الباب وحده أنه إن وجد المشتري بئرًا أو جبا أو بيتًا لم يعلم به، أن للبائع نقض البيع، وكذا إن وجد صخرًا أو رخامًا أنه للبائع وكذا لابن القاسم في سماع عيسى من كتاب اللقطة (أنه لا حق فيه للمبتاع وهذا إنما هو في المجهول مالكه وما ثبت منه أنه للبائع أو لمن يرثه عنه فهو له اتفاقًا، وكذا إن ثبت أن البئر أو الجب أو البيت الموجود تحت الأرض من عمل البائع كان نسيه أو من عمل مورثه فله نقض البيع اتفاقًا، ولا يندرج في الشجر مأبور شجرها هذا المذهب.

وقال المتيطي: هذا مشهوره المعمول به.

وقال ابن الفخار: هو للمبتاع واحتج بأن الشجر لو لم يذكر في الشراء لدخلت فيه وكان تبعًا للأرض، وذكر ما تقدم عنه وعن ابن عتاب.

قُلتُ: وهذا وهم منه في أمرين: الأول: أن تصور مثل هذا القول فاسد؛ لأنه قياس في معرض النص، والإجماع على بطلانه، روى مسلم بسنده عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع، وهو في الموطأ والترمذي وغيرهما(1).

(1) أخرجه البخاري: 4/335، 336 في البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت، ومسلم رقم (1543) في

الثاني: فهمه قول الشَّيخين على ذلك وهذا؛ لأنهما إنما قالا ذلك في مسئلتي الأرض والدار لخاصية فيهما وهي اشتمالهما على لفظ دالٍ على اشتراط المبتاع الثمرة؛ لأن مسألة ابن الفخار هي من باع جميع ما حوته أملاكه من الأرض والشجر، ولفظ جميع ما كالنص على دخول الثمرة فهو عنده مما اشترطه المبتاع فيكون له بنص الحديث. وكذا صورة مسألة الدار التي أتى بها ابن عتاب لقوله: ونزلت هذه المسألة وهذا نص بأنها نزلت بلفظ مسألة ابن الفخار ولو كانتا عريتين عن هذا اللفظ الدال على اشتراط الثمرة بعمومه لم يلق بمنصبيهما الفتوى بدخول الثمرة لنص الحديث بخلاف ذلك. وذكر المسألة في **مختصر ابن الجلاب** بنقيض فتواهما في الجلاب ما نصه: من اشترى أرضًا فيها شجر مثمر فما كان من ثمرها عقد فهو للبائع وما كان وردًا فهو للمبتاع.

وذكر ابن سهل وغيره عن ابن عتاب في القضية أنه قال: لما ذكر فتوى ابن الفخار، ولم يذكر هل جوابه عن رواية ولم يسأل عن ذلك وكان لا يجترأ عليه بالسؤال، وفيه عندي نظر؛ لأن المفتي يسأل عن مستند فتواه أو يرد سؤاله عن ذلك إذا كان مستنده تخريجًا يفتقر فيه لتأمل باعتبار حفظ أصله أو استنباط علته، أما إذا كان استناده إلى ظاهر الرواية المعلومة المشهورة فلا يسأله عنه لبيب.

ومستند فتوى ابن الفخار المذكورة إنما هو الأخذ بصريح المذهب في وجوب الثمرة المأبورة للمشتري باشتراطه، ودليل اشتراطه في النازلتين واضح لمن نظر وأنصف، وذكر استدلال الشُيُوخ بظواهر الروايات الجارية على الأصول، فتأمله.

ابن سهل: أجاب ابن القطان، فيمن باع جميع أملاكه بقرية كذا، وقال: في كتاب الابتياع في الدور والدمن والأفنية والزيتون، والكروم ولم يزد على هذا، وللبائع في القرية أرحى لم تذكر في الوثيقة فقال المبتاع: هي لي، وقال البائع: إنما بعت ملكي فيما نصصت في الوثيقة فإن الأرحى للمبتاع وكل ما بالقرية من العقار.

ابن سهل: هذا موافق لسماع أَصْبَغ في الصدقة.

قال المتيطي: وقال غيره هي للبائع.

البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر، ومالك: 2/617 في البيوع، باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله، والترمذي رقم (1244) في البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير.

[باب الإبار في النخل]

الإبار: الباجي عن ابن حبيب: هو أن ينشق الطلع عن الثمرة فإذا تم اللقاح فيسقط ما يسقط وثبت ما ثبت كان الثمر للبائع، وإن انشق الطلع فتأخر تأبيره وأبر غيره حوله مما حاله مثل حاله فحكمه حكم ما أبر، وإبار التين وما لا نور له أن تبرز جميع الثمر عن موضعها تتميز عن أصلها.

وإبار النخل التي لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الإبار في غيرها، وسمع القرينان إبار الشجر غير النخل اللقاح وهو أن يثمر الشجر فيسقط منه ما يسقط ويثبت منه ما يثبت، وليس ذلك بأن يورد الشجر ويكون ذلك في العنب والرمان.

ابن رُشْد: هذا مشهور مذهب مالك ومعلومه، وإليه رجع مالك بعد أن قال: هو أن يورد الشجر. وفي إبار الزرع طرق: الباجي: في كونه إفراكه أو ظهوره من الأرض روايتا ابن القاسم وأشهب.

ابن رُشْد: روى ابن القاسم عن مالك وقال: هو نباته، وقيل: هو أن يستقل ويفرق، وقيل: بل حتى يأخذ الحب وقع ذلك في أصل الأسدية وهو أحد قولي ابن عبد الحكم.

المتيطي: المشهور إباره نباته، وقيل: هو تحبيبه.

وفي الكافي: روى ابن عبد الحكم: هو أن يحبب حتى لو يبس حينئذ لم يكن فسادًا.

قُلتُ: وروى أبو عمر أنه بذره، ونقله ابن شاس وغيره، فإن أبر بعضها دون بعض فقال الباجي: إن كانا متساويين، فقال مالك: ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمبتاع.

وقال محمد بن دينار: ما أبر تبع لما لم يؤبر وكله للمبتاع.

ولسَحنون عن ابن القاسم في العتبيَّة: يقال للبائع: إما أن تسلم كل الثمرة للمبتاع وإلا فسد البيع ولو رضي المبتاع بالنصف، هذا إن تميز المأبور من غيره بعض الثمار أبر وبعضها لم يؤبر، وإن كانت النخل بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل، وكان في سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر، فروى ابن حبيب ذلك للبائع وجعل ظهور بعضه كظهور جميعه أصله الإزهاء.

وروى ابن المواز: أن ذلك لا يجوز إلا أن يشترط المبتاع الثمرة، ورأى أنه لما لم يتميز ولا يجوز أن يشترط البائع ما لم يؤبر، فلم يبق إلا أن يشترط المبتاع حظ البائع؛ لأنه جائز له.

ابن زرقون: لم يحسن الباجي تحصيل هذه المسألة، وتحصيلها: أنه إن كان ما أبر مساويًا لما لم يؤبر، وكل متميز في نخلات بأعيانها فلا يختلف أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمبتاع، وإن كان ما أبر شائعًا في كل نخلة وما لم يؤبر كذلك ففي كونه كله للبائع أو للمبتاع. ثالثها: يخير البائع إما سلم كل الثمرة، وإلا فسخ البيع، ورابعها: البيع مفسوخ لابن حبيب ومحمد بن دينار وابن القاسم في العتبيَّة ورواية يحيي عنه في العشرة كنحو رواية محمد مع فضل عن ابن القاسم وسَحنون.

الباجي: وإن كان أحدهما أكثر ففي تبعية القليل للكثير وكونه كالمساوي روايتان، وسمع عيسى ابن القاسم من اشترى زيتونة على قطعها فتأخر حتى أثمرت فله ثمرتها.

ابن رُشْد: يريد: لم يكن فيها ثمر مأبور، ولو كان فيها ثمر أبر لكان للبائع اتفاقًا، وقوله: الثمرة للمشتري: يدل على أن قطع الثمرة عليه ولو كان على البائع لكان ضمانها منه، وكانت الثمرة له خلاف قوله في رسم سلف، من سماع ابن القاسم في بيع الصوف على ظهور الغنم، ويؤيد كونه خلافًا ما روي عن سَحنون أن ضمان الشجرة من البائع فالغلة له، وعلى المشتري في ثمر هذه الشجرة للبائع أجر قيامه عليها إن كان يسقيها هو لا المطر، رواه ابن أبي جعفر عن ابن القاسم وعليه كراء موضعها من الأرض إن كان البائع غائبًا اتفاقًا، وإن كان حاضرًا فعلى اختلاف، قيل: يحلف إن كان حاضرًا، ويأخذ الكراء، وقاله عيسى في سماعه في الشركة وهو أصل اختلف فيه قول ابن القاسم.

وقال ابن عبدوس: إن كان البائع اشترط الأغصان فالثمرة له وإن لم يشترط ذلك ووقع البيع مجملًا فهو للمبتاع، وقاله سعيد بن حسان ويلزم على قياس ما قلناه أن يكون عليه لمشتري الشجرة كراء العمود إن كان غائبًا، وإن كان حاضرًا فعلى الخلاف المذكور، ولابن لبابة على قياس ما قلناه: لو اشترى عمود الزيتونة واشترى آخر الفروع وتأخر قطعها حتى أثمرت فالثمرة لصاحب الفروع، وعليه كراء العمود، وعلى صاحب العمود كراء الأرض إن كان صاحب الأرض وصاحب العمود غائبين، وإن

كان صاحب الأرض غائبًا وصاحب العمود حاضرًا لم يكن له كراء، وكان لصاحب الأرض كراؤها على صاحب العمود المتيطي: إذا ثبت أن الثمرة للبائع فليس للمبتاع إجباره على جدها قبل أوان الجد، وهل يكون سقي الأصول مدة ذلك على البائع أو على المبتاع؟ رواية محمد وقول المغيرة.

قُلتُ: روى الأول أَصْبَغ في نوازله.

ابن رُشْد: القياس أنه عليهما؛ لأنه منفعة لهما لا يستبد بها أحدهما كشريكين ولم يعد اختياره قولًا ثالثًا وفي بعض نسخ ابن الحاجب ولكليهما السقي ما لم يضر بالآخر.

ابن عبد السلام: يعني لكل واحد من صاحبي المأبور والمنعقد إذا بقيا على ملك البائعين السقي ما لم يضر ذلك بالمشتري، ومعناه: إلى الوقت الذي جرت العادة أن تجد الثمرة فيه، وإنما ذلك بمقتضى العرف.

قُلتُ: إنما يتقرر هذا الكلام على أن السقي على البائع لا على المشتري وفي قوله: ما لم يضر: نظر، لأن لحوق الضرر للمبتاع بعيد لأنه إنما يلحقه بتضرر أصوله، وتضرر الأصول بسقي ثمرها بعيد، وإنما يتوقع الضرر بالثمرة فلو قاله على قول المغيرة كان أنسب فتأمله.

وسمع ابن القاسم إن بيعت الجارية وعليها حلي وثياب لم يشترطها بائع ولا مبتاع فهي للبائع، وما لا تتزين به فهو لها.

ابن القاسم: وما تتزين به لا ينبغي اشتراطه المبتاع.

سَحنون: من الحلي والثياب لا بأس بها.

ابن وَهْب: سمعت مالكًا يقول: إن كانت الجارية فارهة لها الثوب نحو بذلتها عند أهلها ليس للبائع نزعه، والثوب الجديد الذي لزينتها هو للبائع.

ابن رُشْد: إذا كان الحلي والثياب للبائع لزمه أن يكسوها كسوة مثلها للبذلة، وقيل: لا يجب ذلك عليه إن لم يشترطه المبتاع فإن اشترطه لزمه، ولو شرط البائع أخذها عريانة ففي بطلان شرطه وعليه أن يعطيها ما يواريها ولزوم شرطه، سماع أشهب، وقول عيسى بن دينار في المدنيَّة مع روايته عن ابن القاسم.

قال ابن رُشْد: هو القياس وبه الفتوى.

قُلتُ: لم يحك ابن فتوح عن المذهب إلا الأول غير معزو لمعين، وقول ابن عتاب عن ابن مغيث هو الذي جرت به الفتيا عند الشُيُوخ خلاف قول ابن رُشْد.

وفي سماع أشهب: لو باع الجارية على أن ينزع ما عليها ولا يكون لها إلا ثوبين خلقين في المنزل فجاء بهما فإذا هما لا يواريانها فليس له ذلك ولو اشترطه والبيع لازم، ويلزمه أن يعطيها ثوبًا يواريها وأما خلقان لا يواريانها فلا وأرى أن يعطيها إزارًا، قيل: فالقميص قال: لا، بل إزارًا أو ثوبًا.

ابن رُشْد: النظر وقياس المذهب فساد هذا البيع؛ لأن إخلاق الثياب يختلف ولو وصفا لم يجز إلا على اختلاف؛ لأنهما حاضران بالبلد.

وفيها مع غيرها: جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه على جده.

اللخمي: في السلم الأول شرط ذلك بلوغ الثمر أن ينتفع به، واحتيج لبيعه، ولم يتمال عليه أكثر أهل موضعه وإلا لم يجز؛ لأنه فساد وعلى بقائه نصوص المذهب فساده.

وقال اللخمي: هذا إن شرطا أن مصيبته من المشتري أو من البائع والبيع بالنقد، لأنه تارة بيع وتارة سلف، وإن كانت المصيبة من البائع والبيع بغير نقد جاز، وصرح المازري بأن بيع الثمر قبل بدو صلاحه على البقاء لا يجوز إجماعًا ولم يستثن منه شيئًا، ثم قال: انفرد بعض أشياخي في بيع التمر قبل الزهو فذكر ما قاله اللخمي قال: وقول الأشياخ: وظاهر المذهب أن هذا لا يجوز، وفي المذهب ما يشير إلى الاختلاف في هذا الأصل فإن فيه قولين مشهورين في جواز كراء الأرض الغرقة على أن العقد إنما يتم بنضوب الماء عنها.

قُلتُ: هي مسألة الكتاب فيها قولا ابن القاسم وغيره وهي عندي كقولها بجواز كراء الأرض البعل عشر سنين إن لم ينقد، والفرق بينهما وبين مسألة التمر قبل الزهو تباع على البقاء، إن غرره يقدر على رفعه بالعقد مع شرط الجد وغرر نزول المطر، وانكشاف الماء غير مقدور على رفعه، وقد فرقوا هذا المعنى في فصل الخلع بالغرر، وعلى السكت في حمله على الجد فيصح أو على البقاء فيفسد نقلا اللخمي عن ابن القاسم فيها والقاضي، وصوب الأول؛ لأن أصل البيع التقابض في عوضيه ولا يعترض هذا بالعادة إنها تجد بعد الصلاح؛ لأن العادة إنما هي إذا لم يقع البيع وإذا وقع

البيع حمل على أصل البياعات، وقاله ابن محرز قبله وعزا المازي المنع لرواية البغداديين.

عياض: ظاهرها الجواز إن لم يشترط بقاؤها وعليه حملها غير واحد، من حذاق شُيُوخنا، واختصرها كثير منهم وإليه مال الأبهري، وحكى البغداديون أنه على الفساد حتى يشترط الجد وحمل بعضهم المسألة على أنه شرط جده وحكي عن أبي محمد وعليه اختصرها، واحتجوا بما له في كتاب العرايا وحمل فضل المسألة على أن عرفهم الجد، وجعل بعضهم كثرة الثمن دليل البقاء وقلته دليل جده.

وقال ابن رُشْد: في أثناء أول مسألة من سماع ابن القاسم من جامع البيوع: لا يجوز بيع البلح قبل زهوه إلا بشرط القطع فإن وقع مسكوتًا عليه فسخ إلا أن يقطعه المشتري قبل أن يعثر عليه لأن بقطعه يتبين أنه اشتراه على القطع، على هذا يحمل ما في البيوع الفاسدة من المدَوَّنة، وبيع العرايا منها لا على أنه اختلاف قول على ما قاله بعض أهل النظر بخلاف القصيل؛ لأنه يجوز بيعه وإن وقع على السكت قبل أن يتحبب فرق بينهما العرف.

الباجي: لا خلاف في منع بيع التمر قبل بدو صلاحه على البقاء إلا ما يروى عن يزيد بن أبي حبيب في العرية، وإن أطلق البيع فالمشهور عن مالك منعه، ولابن القاسم في البيوع الفاسدة، عنه جوازه ابن عبد السلام سمع عيسى ابن القاسم أنه يجوز شراء مال العبد وثمر النخل بعد الصفقة لمن لم يشترطها فيها ولم يفرق بين قربٍ وبعدٍ، ومثله في جوائح المدَوَّنة في ثمر النخل بعد الصفقة.

قُلتُ: وفي شفعتها حسبما يأتي.

قال: وروى أشهب: أنه لا يجوز قرب أو بعد، فكنت أقول تفرقة عيسى في سماعه إن كان بالقرب جاز وإن طال فلا خير فيه، ومثله لأَصْبَغ عن ابن القاسم مفسرة لقوله في سماع عيسى: وإن الخلاف إنما هو في القرب، ولا خلاف في البعد لأجل إنه إذا طال لم يكن الذي اشترى هو ما كان يجوز له أن يستثنيه والذي أقول به الآن أن التفرقة قول ثالث، وتفرقة أشهب بإجازته ذلك في الثمر يريد ولو بعد ومنعه ذلك في مال العبد يريد ولو قرب قول رابع.

وحكم شراء الزرع بعد الأرض حكم شراء الثمرة في الأقوال الثلاثة.

قال يحيى: وحد القرب في ذلك عشرون يومًا ونحوه، وعن الباجي للمخزومي وابن دينار مثل رواية أشهب.

ابن زرقون: قال فضل عن ابن حبيب: إنما يجوز له شراء ذلك على مثل الثمن الذي ابتاع به الأصل من نقد أو أجل، وإن كان بعرض فبمثله، ومنعه ابن الماجِشُون في مال العبد بكل حال ولو بالقرب؛ لأنه مجهول محض، قال: وأما شراء السيف المنقوض الحلية إن اشتراها بعده، فإن كان بحدثانه والسيف بحاله ولم تركب فيه حلية حديد ولا غيرها فلا بأس بشرائها بالفضة وإن لم تكن مراطلة إن أمكن تركيبها دون إعادة للصياغة وكانت متوافرة كلها، فإن فات بعضها أو كان السيف حلي بغير تلك الحلية أو تطاول أو كانت حليته لا تركب إلا بعد إعادتها بالصياغة لم يجز، وأجازه مُطَرِّف في مال العبد والثمر والزرع، إن كان بحدثانه وبمثل الثمن الأول ولم يجزه في الحلية إلا أن يكون البائع باع السيف واستثنى الحلية، فلم ينقضها حتى أراد بيعها بحدثانه فيجوز.

الباجي: وإن اشترى الأصل والثمرة في صفقة واحدة ثم استحق الأصل فقال ابن حبيب إن كان في زرع فاستحقت الأرض فسخ البيع ما لم يستحصد الزرع فإن استحصد قبل الاستحقاق تم فيه البيع، وكذا الثمرة في استحقاق الأصل، ومثله لمحمد، وظاهر المدَوَّنة في الشفعة فسخ البيع طاب أو لم يطب.

لابن حبيب من اكترى دارًا فيها شجرة تبع للكراء فاشترطها المكتري ثم استحقت الدار إلا موضع الثمرة أنها ترد طابت أو لم تطب؛ لأنه ضمها إلى ما لم يكن يملكه، ولو انهدمت الدار فالثمرة للمكتري منابها من الثمن وهذا اختلاف من قوله في الاستحاق إلا أن يفرق بين الاكتراء والشراء.

وقال محمد ويحيى بن عمر في انهدام الدار في بعض المدة والثمرة مزهية: أن الثمرة ترد إلى البائع إلا أن تكون تبعًا لما مضى من المدة، ولأبي زيد عن ابن القاسم: إن أزهت فهي للمكتري بمنابها من الثمن، ففي رد ثمرة الدار للبائع، وكونها للمشتري.

ثالثها: تفرقة ابن حبيب بين الهدم والاستحقاق ولو اشترى الثمرة على الجد ثم اشترى الأصل فله أن يقر الثمرة في الأصل، ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم اكترى

الأرض لم يجز أن يقر الزرع حتى يبدو صلاحه؛ لأنه لم يملك الأرض، ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم اشترى الأصل لم يكن له أن يبقيها؛ لأن عقد الثمرة فاسد، ولو ورث الأرض بعد ذلك جازت التبقية قاله مالك؛ لأن الثمرة إذا فسخ بيعها رجعت إليه بالإرث.

قُلتُ: في شفعتها يجوز ابتياعه الزرع بعد ابتياعه الأرض فيبقيه فيها ويحل محل البائع، وله بيع الأرض دون الزرع، ولا يبطل البيع في الزرع؛ لأن شراءه الأرض لم ينتقض، وفي الاستحقاق انتقض.

وفي أكرية الدور منها: إن انقضت السنون، وفي الأرض للمكتري زرع لم يبد صلاحه لم يجز لرب الأرض شراؤه، وإنما يجوز بيع زرع أخضر بشرط مع الأرض في صفقة، وكذا الأصول بثمرها، ونقل بعض المغاربة جواز شرائه رب الأرض لا أعرفه نصًا ولا يبعد تخريجًا، ونص أبو إبراهيم أن من صارت إليه الأرض بشراء من مكريها أو هبة أنه كمكريها في منع شراء زرعها.

وبيع التمر بعد بدو صلاحها جائز:

ابن الحاجب: ما لم يستثن نحو البذر من الكتان.

قُلتُ: استثناؤه كالجنين، وبعضهم يخرج فيه الخلاف من كون المستثنى مبقى، ويلزم مثله في سائر الحبوب، كالقمح والفول.

ابن حارث: اتفقوا في الحائط تزهو فيه نخلات، أنه جائز بيع جميعه، وإن أزهى ما حوله فسمع ابن القاسم: أنه كذلك إن كان الزمن أمنت فيه العاهات.

وقال ابن القاسم: لا أراه حرامًا وأحب إليَّ حتى يزهو، وقاله ابن حبيب وحكاه عن مُطَرِّف.

قُلتُ: ظاهر ما عزاه الباجي لمُطَرِّف المنع لا الكراهة قال: إذا بدا صلاح نخلة بحائط جاز بيع ما حواليه من الحوائط مما هو كحاله في التبكير والتأخير خلافًا لمُطَرِّف من أصحابنا والشافعي قالا: لا يباع بطيبها غير حائطها.

قُلتُ: ففي جوازه واستحباب تركه حتى يبدو صلاحه، ثالثها: المنع وعزوها واضح، وسمع ابن القاسم: بجواز بيع الحائط فيه صنف واحد من الثمر يبدو

صلاحه، وإن لم يعم كل الحائط إن كان طيبه متتابعًا ولا يجوز بيعه بالشيء المبكر، وإن كانت أصنافه من التمر مختلفة لم يبع منها إلا ما طاب، ولا بأس ببيع الدالية، وقد طابت الحبات في العنقود وسائرها لم يطب، والتينة كذلك.

ابن رُشْد: يريد بالصنف الواحد: أنه نخل كله أو تين كله أو رمان كله، ولو اختلفت أجناس ذلك إذا تتابع طيب جميعه قريبًا بعضه من بعض.

وقال ابن كنانة: وإن لم يقرب بعضه من بعض إن كان لا يفرغ آخر الأول حتى يطيب أول الآخر، ويقوم هذا من قول مالك في رسم طلق في مسألة الجنين؛ لأن البطنين في الثمرة الواحدة كالجنسين من صنف واحد، وإن كان أصنافًا مثل عنب وتين، ورمان فلا يباع ما لم يطب من صنف بما طاب من آخر اتفاقًا، ولو قرب وتتابع إلا أن يكون ما لم يطب تبعًا لما طاب على اختلاف نذكره في آخر سماع أشهب إن شاء الله تعالى.

وقوله: إن كانت أصنافه من التمر مختلفة لم يبع منها إلا ما طاب معناه مثل ثمر، وتين وعنب، ورمان، والرواية في الثمر بالثاء المعجمة بثلاثة لا باثنتين، ثم حصل في وقف بيع الحائط على بدو صلاح جميعه أو صلاح بعضه، وهو متتابع قريب بعضه من بعض. ثالثها: يجوز ولو لم يقرب إذا لم ينقطع الأول قبل بدو صلاح الثاني، ورابعها: يجوز ببدو صلاح ما حوله لأول قولي مالك، وثانيهما، وابن كنانة وقول مالك في رسم أخذ يشرب خمرًا من سماع ابن القاسم مع ابن حبيب.

قُلتُ: هذا خلاف نقل ابن حارث عنه، وخامسها: نقل ابن حارث عنه مع ابن القاسم أحب إليَّ أن لا يباع بما حوله.

قال ابن رُشْد: وما استعجل زهوه بسبب مرض في الثمرة وشبهه لم يبع به الحائط اتفاقًا، سمع ابن القاسم الشجرة تطعم بطنين في السنة بطنًا بعد بطن لا يباع البطن الثاني مع الأول؛ بل كل بطن وحده ابن رُشْد ظاهر قوله: لا يجوز، وإن كان لا ينقطع الأول حتى يبدو طيب الثاني وهو خلاف ما تقدم من قوله.

وروى ابن وَهْب: جواز بيع البطن الثاني مع الأول إن كان لا ينقطع الأول حتى يدركه الثاني.

قُلتُ: يفرق بأن البطن الثاني غير موجود حين بيع الأول ولا مرئي بخلاف الصنفين؛ لأنهما مرئيان حين بيع أولهما طيبًا.

الشَّيخ عن ابن حبيب: وقت جواز بيع الزيتون إذانها ناحية الاسوداد وكذا العنب الأسود، وأما الأبيض فإن بيان ينحو ناحية الطيب وحد الإزهار في كل الثمار إذا نحت ناحية الاحمرار وانبعثت للطيب.

ابن الحاجب: (وصلاحها زهوها وظهور الحلاوة).

قال ابن عبد السلام: ظهور الحلاوة لا أحفظه عن المتقدمين.

قُلتُ: للمتيطي: بدو صلاح العنب دوران الحلاوة فيه مع اسوداد أسوده وحاصله في سائر الثمار إمكان الانتفاع به.

وفي سلمها الأول: لا يباع الحب حتى ييبس وينقطع عنه شرب الماء حتى لا ينفعه الشرب.

اللخمي: في الموازيَّة عن ابن شهاب: كان العلماء يقولون بدو صلاح الزرع إذا أفرك، قال: والأول أحسن لحديث ابن عمر حتى يبيض[1].

قُلتُ: يقع في بعض النسخ أشهب بدل ابن شهاب، وهو غلط إنما هو ابن شهاب كذا في النسخ العتيقة، وكذا وقع في النوادر عن ابن شهاب، الشَّيخ روى محمد إذا يبس الزرع وفيه ما لا خطب له لم ييبس فلا بأس ببيع جميعه وفي سماع أَصْبَغ قال: سألت أشهب عن صلاح البطيخ الذي يحل بيعه أهو أن يؤكل بطيخًا أو فقوسًا؟قال: أن يؤكل فقوسًا، قال أَصْبَغ: فقوسًا قد تهيأ للبطيخ فأما الصغار فلا.

---

(1) أخرجه البخاري: 3/278 باب من باع ثماره أو نخله، و5/288 في البيوع، باب بيع المزابنة، و(304) باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وفي السلم، باب السلم في النخل، وأخرجه مسلم رقم (1534) و(1535) في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وأبو داود رقم (3367) في البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، والنسائي: 7/262 و263 في البيوع، باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه، و7/270 و271 في البيوع، باب بيع السنبل حتى يبيض، والترمذي رقم (1226) و(1227) في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، والموطأ: 2/618 في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.

ابن رُشْد: قول أَصْبَغ خلاف لقول أشهب؛ لأن مذهبه جواز اشتراء المقاثي إذا عقدت، وإن كان يريد تركها حتى يصير بطيخًا كالثمار إذا بدا صلاحها، وإن أراد تركها حتى تيبس، وقيل: لا يجوز شراؤها بعد طيبها على أن يتركها حتى تيبس والقولان قائمان من المدَوَّنة؛ لأنه لم يجز فيها شراء الفول أخضر على أن يترك حتى ييبس، وذلك معارض لقوله: في النخل والعنب إذا اشترى أخضر ثم أصيب بعد أن يبس إنه لا جائحة فيه؛ لأن الظاهر منه إجازة شرائه، على أن يتركه حتى ييبس وهو مشهور المذهب وعلى الثاني يأتي قول أَصْبَغ، وفي الموطأ الأمر عندنا في البطيخ والقثاء والخربز والجزر أن بيعه إذا بدا صلاحه جائز، وللمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره، وليس فيه وقت يوقت وهو معروف عند الناس.

الباجي: الخربز: نوع من البطيخ وكذا الباذنجان والقرع؛ لأنه لا يمكن حبس أولها على آخرها، وهذه ثلاثة أضرب:

ضرب تتميز بطونه ولا تتصل كالتين والنخل والورد والياسمين والتفاح والرمان والجوز هذا لا يباع ما لم يظهر من بطونه بظهور ما ظهر منها وبدا صلاحه، وحكم كل بطن منها مختص به.

وضرب تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقضب والقرط فإطلاق العقد فيه لما ظهر منه فقط.

قال محمد بن مسلمة: والبقول بمنزلة القضب.

وسمع القرينان: أيشتري الموز قبل أن يطيب فإنه لا يطيب حتى ينزع؟ قال: لا بأس به.

ابن رُشْد: من شأنه أن لا يطيب حتى يدفن في التبن أو غيره ؛فلذا جاز بيعه قبل طيبه، وذلك إذا صلح للقلع فصلاحه للقلع هو طيبه الذي يبيح بيعه، وكذا ثمار عندنا تسمى المشتهى.

المتيطي: يجوز بيع المقاثي والمباطخ، إذا بدا صلاح أولها وإن لم يظهر ما بعده، وكله للمشتري إلى تمام إطعامه والورد والياسمين إذا آن قطاف أوله وكله للمشتري إلى

آخر إبانه.

وفيها آخر المساقاة: لا بأس بشراء الموز في شجره إذا حل بيعه، ويستثنى من بطونه خمس بطون أو عشرًا أو ما تطعم هذه السنة أو سنة ونصفًا وذلك معروف والقضب مثله.

وفي البيوع الفاسدة منها: لا يجوز بيع ما تطعم المقثأة شهرًا.

الباجي: قال محمد بن مسلمة: يباع الموز سنتين، وروى ابن نافع: لا أحب بيعه أكثر من سنة بالزمن الطويل ولا يصح إلا أن تكون بطونه متصلة في هذه المدة ولا يتقدر بالتمام؛ لبقاء أصله فإن تميز كل بطن من الآخر، واتصلت صح شراؤه بعدد البطون، وإن اتصلت ولا تتميز قدر بالزمن كالمياه، والجميز.

روى محمد: إن اتصل نباته فهو كالمقاثي وإن كان منفصلًا فلا خير فيه والسدر مثله يريد: وأما بيعه إلى أن يفنى الأصل كالمقاثي فلا يجوز.

[كتاب العرية]

هبة الثمرة: ما منح من ثمر ييبس.

وروى المازري: هبة الثمرة.

عياض: منح ثمر النخل عامًا.

الباجي: هي النخلة الموهوب ثمرها في البخاري عن سعيد بن جبير قال: العرايا نخل توهب.

قُلتُ: إطلاق الروايات بإضافة البيع لها يمنع كونها الإعطاء أو النخل(1)؛ روى

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﷺ في حدها: (ما منح من ثمر ييبس) قال رَحِمَهُ اللهُ: وقال المازري: هي هبة الثمرة، وقال عياض: منح ثمر النخل عامًا، وقال الباجي: هي النخلة الموهوب ثمرها؛ لأن في البخاري عن سعيد بن جبير قال: العرايا نخل توهب قول الشَّيخ في حد العرية ما منح العرية فعيلة بمعنى مفعولة، ولما غلبت التسمية دخلت التاء فيها، ونقل عياض رَحِمَهُ اللهُ خلافا في اشتقاقها وحصل عشرة أقوال وأصلها في اللغة النخلة يعيرها صاحبها زمانًا ثم غلب في الشرع عموم مثل ذلك في ثمر النخل وغيره مما ييبس وهذا يشهد لما قدمنا في كتاب الأيمان أن الشرع قد يعمم اللفظ في أكثر من مدلوله لغة والغالب عكسه.

وقوله: (ما منح)؛ أي: أعطي وهو عام في الثمر وغيره، ثم خصص ذلك بالثمر ثم خصص ذلك بما ييبس فدخل فيه ثمر النخل والعنب والتين وغير ذلك.

(فإن قلت): المذهب وغيره اختلف هل يقصر ذلك على النخل والعنب أو على ما يخرص أو على ما ييبس ويدخر وقد خصص الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ رسمه بما ذكر.

(قُلتُ): يظهر أنه رسم ذلك على المشهور من المذهب وكثيرا ما يفعل ذلك وما نقله عن المازري يخالف حده لعمومه في جميع الثمار ومغاير له في لفظ الهبة وما ذكره عن عياض رَحِمَهُ اللهُ قاصر على ثمر النخل وما ذكره عن الباجي مخالف في الهبة وفي الثمرة فإنه صير العرية النخلة وقول الشَّيخ ﷺ.

(قُلتُ): إطلاق الروايات بإضافة البيع إليها يمنع كونها الإعطاء أو النخل إشارة إلى رد قول المازري في كونه صيرها هبة ورد على من سماها نخلة بأن إطلاق الروايات بيع العرية فيتعين أن تكون العرية ما منح من الثمر لا إعطاء الثمر ولا النخلة؛ لأن متعلق البيع إنما هو الممنوح من الثمر بدل شرعا على أن العرية هي ذلك كما حد به لا غير ذلك مما ذكروه.

(فإن قلت): إذا ثبت في البخاري ما ذكره عن سعيد ﷺ وفسر ذلك بقوله نخل توهب فقد صح التفسير بذلك في الحديث والحقائق الشرعية إنما تؤخذ من ذلك فإذا وجد ما يخالف ذلك تأولنا كلامهم على المجاز على حذف فيقال بيع ثمر العرية لأجل الرجوع إلى أصل الحقائق الشرعية.

مالك عن نافع عن ابن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها من التمر وثبت لفظ رخص في حديث مسلم والبخاري وأبي داود وغيرهم[1].

الباجي: الرخصة عند الفقهاء تخصيص بعض الجملة المحظورة بالإباحة وسموها رخصة؛ لأنها مستثناة من قوله ﷺ: **«لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ولا تبيعوا الثمر بالتمر»**[2].

المازري: هي مستثناة من بيع الرطب وربا الفضل والنساء.

وقول الباجي في قول الثمر قبل بدو صلاحه خلاف المعروف فيها.

ابن الحاجب: وبيع العرايا مستثنى من الربا، والمزابنة وبيع الطعام نسيئة.

قُلتُ: اقتصر عن الرجوع في الهبة وهو مكروه أو محرم.

الباجي: وتصح في قدر من الثمر غير معين كأوسق من حائط.

ابن حارث: وبيع العرية بخرصها من صنفها إلى الجداد جائز اتفاقًا.

وقال ابن بشير: في شراء العرية ثلاثة أقوال: الجواز بالخرص والعين والعرض

= قُلتُ: لما كان الأثر موقوفا ووقع في الأحاديث اختلاف في الإطلاقات رجعنا إلى تحقيق إطلاقات الفقهاء في كتبهم وما تواطئوا عليه في اصطلاحاتهم فلما عبروا في مقام التحقيق بما ذكر دل على أنهم فهموا ما ذكر.

(فإن قلت): كتاب العرية في المدَوَّنة وغيرها يذكرون منه العرية وبيع العرية وتشاغل الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ بالعرية ولم يعرف بيع العرية.

(قُلتُ): الجواب أنه إذا عرف العرية فإنه يعلم منه بيع العرية مع إضافة لزوم ذلك من شروطها وفيه بحث فيقال في بيع العرية بيع المعري ما منح من ثمر ييبس للمعرى بخرصه ثمرًا والله أعلم بغيبه وهو الموفق.

(1) أخرجه البخاري: 4/320 و321 في البيوع، باب بيع المزابنة، وفي الشرب، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط، وأخرجه مسلم رقم (1539) في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(2) أخرجه البخارى: 2/763 ، في كتاب البيوع باب بيع المزابنة: وهي بيع الثمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم وبيع العرايا رقم (2072) ، ومسلم: 3/1166 ، في البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا رقم (1534).

وهو المشهور، والمنع إلا بالخرص، **والثالث** منع شرائها بشيء للنهي عن العود في الهبة وعن الربا من بيع الرطب بالتمر.

وقال ابن العربي في عارضته: قال مالك: يجوز بيعها بكل شيء، وقيل: لا يجوز بيعها بالخرص إلا بالعين والعرض وغيره كأنه رأى الرخصة كانت في صدر الإسلام للحاجة، فلما توسعت الناس سقطت العلة فسقط الحكم.

وقال أيضًا: لا يجوز إلا بالخرص منها.

وذكرها اللخمي والمازري وجعل الأول المشهور قال: وشرط بيعها بطعام يخالفها المناجزة وعزا الثاني لرواية ابن شعبان.

اللخمي: أرى إن قال المعري: اشتريتها لدفع مضرة دخلت عليَّ أو لأتصرف في الرقاب أو لإرادة معروف جاز، وإن قال للتجر منع.

وفي قصر رخصة شرائها على الثمر والعنب أو على كل ما ييبس ويدخر ثالثها: هذا وتكره فيما لا يدخر ويمضي بالقبض.

للخمي عن أولى روايتي محمد وأخراهما، ومحمد.

المازري: لأَصْبَغ في الموازيَّة: ما لا يدخر من رطب الفواكه إن اشترى بخرصه نقدًا أو لأجل تناهيه فسخ إلا أن يقبض، وكذا نقله الباجي عن أَصْبَغ لا عن محمد، وكذا في النوادر، إلا أنه قال: إن قبض فات ولم يرد، فزاد لفظ فات.

قال أَصْبَغ: ولو أجيز ابتداء لم يكن خطأ، ومن فسخه لم أعبه.

الباجي: ما لا يثمر ولا يتزبب من العنب على شرط التيبيس لا يجوز.

قُلتُ: هو نصها ونقله الشَّيخ عن ابن حبيب قائلًا: كما لا يجوز في ما ييبس بخرصه رطبًا.

[باب في شروط رخصة العرية]

وشرط رخصتها: كون شرائها بعد بدو صلاحها على المعروف[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قال: (كون شرائها بعد بدو صلاحها وكونه بخرصها من صنفها وكونه لمدة جذاذها

وحكى الصقلي والمازري والباجي عن يزيد بن أبي حبيب: يجوز قبل بدو صلاحها وكونه بخرصها من صنفها. فيها: لا يجوز بتمر من غير صنفها ولا برطب أو بسر.

قُلتُ: وعبارة صنفها خير من لفظ ابن الحاجب نوعها لما تقرر أن الصنف أخص من النوع.

الباجي: إن كانت برنيا لم يجز بصيحاني ولا أدنى ولا أفضل.

اللخمي: إن كانت برنيا لم تبع بصيحاني ولا يجوز بجنسها إن أعطى المعري أدنى وإن أعطى أجود، فإن كان لرفع الضرر لم يجز وإن أراد المعروف للمعري جاز.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم للباجي. القابسي: ويجوز إذا حل الأجل أخذ ثمر من غير صنفها كطعام القرض بخلاف البيع.

الصقلي: فيلزمه جواز بيعه قبل قبضه، ولو قيل: إنما جاز أخذ غير صنفه؛ لأنه تقرر في الذمة فجاز كالسلم في سمراء بجواز أخذ محمولة عنها؛ لأنه بدل ومعروف، وليس كاقتضاء محمولة من ثمن سمراء؛ لأن المتقرر في الذمة عين.

فإن قيل: الأول باع طعامًا وأخذ طعامًا خلافه قيل: الشرع أباح له أن يأخذ فيه هذا الطعام الموصوف فهو كما لو أسلم فيه ويلزم على هذا منع بيعه قبل قبضه بخلاف قول أبي الحسن.

المازري: اضطرب الأشياخ في جري بيع العرية بخرصها على حكم القرض أو البيع، وظاهر المذهب أنه على قولين كثبوت الجائحة فيه ونفيها.

= وكونه في ذمة) أما الشرط الأول فهو على المعروف من مذهب مالك رَحِمَهُ اللهُ ونقل عن ابن حبيب خلافه وأما الثاني فقد نص فيها لا يجوز بثمر من غير صنفها قال الشَّيخ: وعبارة المصنف خير من عبارة ابن الحاجب النوع؛ لأن الصنف أخص من النوع انظره وقوله: لمدة جذاذها هو نصها فيها وكونه في الذمة قال فيها أيضًا: لا يجوز بخرصها من حائط آخر بعينه انظر ما فيه من كلام الباجي والمازري والله أعلم وانظر ما في اشتراط الخمسة الأوسق وقد ذكروا في اشتراط الخمسة الأوسق أو لا بد من الأقل منها خلافا ويخرج من الخلاف أنه لا بد من هذا الشرط لأنهم إنما اختلفوا في المقدار فقط.

ابن رُشْد: وعلى قول ابن القاسم في المدَوَّنة من شرطه تسميتها عرية لا هبة مطلقًا؛ لافتراق حكمها عنها.

وفيها: قال كبار أصحابنا: العرية مثل الهبة.

وكونه لمدة جذاذها:

فيها: لا يجوز شراؤها إذا أزهت بخرصها تمرًا نقدًا وإن جذها مكانها.

اللخمي: اختلف إن كان العوض نقدًا فمنعه مالك، وابن القاسم وأمضاه محمد بالقبض، وقال: لو أجيز من غير كراهة ابتداء كان قريبا كأنه يقول: إذا جاز أن يأخذ لحمًا، ويدفع تمرًا على المعروف كان دفعه نقدًا زيادة في المعروف.

الصقلي عن الواضحة: إن تطوع بتعجيل خرصها من غير شرط؛ جاز.

ابن الكاتب: وعليه لو مات المعري قبل يبسها أخذ من تركته خرصها تمرًا.

الصقلي: وعلى قول القابسي: أنه كطعام القرض يجبر على قبضه إن عجل، والصواب عدم جبره كطعام البيع كقول ابن القاسم فيها: الجائحة كالبيع.

وكونه في ذمة:

فيها: لا يجوز بخرصها تمرًا من حائط آخر بعينه، وليس عليه أن يعطيه ذلك من حائط بعينه.

الباجي: قال في المبسوط: إن عينه في حائط بعينه رأيته حائطًا جائزًا وتكون في ضمانه يعطيه من حيث شاء وظاهر مذهب ابن القاسم فسخه.

المازري: لا وجه للمبسوط إلا أن يجريه على أحد الأقوال في بياعات الشروط لمضي العقد وإبطال الشرط.

وفي كون علة الترخيص أحد وصفي إرادة معروف المعري أو دفع ضرر المعري أو الثاني فقط.

ثالثها: الأول للخمي مع الباجي عن ابن القاسم مع مالك وعن ابن الماجِشُون ونقل اللخمي وأخذه المازري لمالك وابن القاسم من قوليهما.

فيها: لمن ملك رجلا في حائطه أصل نخلة شراء ثمرها بخرصها كالعرية إن أراد وقفه لكفايته مؤنتها، وإن كان لرفع ضرر دخوله لم يعجبني، وأراه من بيع الثمر

بالرطب؛ لأنه لم يعره.

قُلتُ: ويقوم منها رابع هو استخلاص رقبة النخل، ولما ذكر اللخمي قول ابن القاسم، ومالك وتعليلهما بالمعروف،

قال: وعلى قول مالك: يجوز أن يشتري العرية بخرصها أجنبي لم يعر إذا أراد المعروف، وتعقبه المازري بقوله: إن لرب النخلة شركة لرب الحائط بمروره فيه فكأنه استحقه من ربه، ومالك إنما علل بالمعروف في شراء الثمرة ممن تعلق له حق فيها فهذا مما ينظر فيه.

قُلتُ: حاصل رده قياس اللخمي: الأجنبي على رب الحائط بالفرق بينهما؛ لأن بين رب الحائط ورب النخلة شبه شركة لمالك رب النخلة المرور في الحائط، وهذا لو صح اعتباره لكان راجعًا إلى اعتبار الضرر، ومالك نص على لغوه وكل ما نص المجتهد على لغوه لم يجز لمن قلده اعتباره لتناقضه بتقليده ومخالفته حسبما قرر ذلك أئمة البحث والنظر وممن أوضح بيان ذلك بعض شراح إرشاد العميدي.

ويرد تخريج اللخمي بأنه قياس على أصل مجتهد فرع نص المجتهد على نقيض حكم الأصل فيه، والمنصوص في هذا فساده قالوا: لأنه بقياسه هذا مخطئ لمقلده في صورة الفرع لعجزه عن الفرق بينهما وبين صورة الأصل وبيان نص مالك عن نقيض حكم الأصل في الفرع المقيس ما تقدم من قوله في المَدَوَّنة وأراه من بيع الثمر بالرطب؛ لأنه لم يعزه وما عجز عنه اللخمي من الفرق يمكن تقريره بقوة غلبة الظن بصدق المبتاع أنه قصد المعروف بشرائه ثمن النخلة لاستغنائه عنه بملكه أمثالها، وهذه القوة غير كائنة في الأجنبي لانتفاء دليلها المذكور.

وفيها مع غيرها: لمن انتقل إليه باقي ثمر المعري بعوض أو غيره حكم المعري ولمن انتقل إليه ثمرها كذلك حكم المعري.

اللخمي: إن باع المعري باقي ثمر حائطه دون أصله أو باعه من رجل والحائط من آخر جاز شراؤه العرية على علة المعروف ومنع على علة رفع الضرر، وكذا من انتقل إليه الأصل دون ما في الثمرة.

المازري: إن قيل: يلزم على قولهم بجواز شرائه بحكم الرخصة بعد بيعه

باقي التمر.

وأصل الحائط جوازه في الأجنبي لقصد المعروف، أجيب بأن المعري ثبت له حكم الرخصة قبل بيعه فاستصحب بخلاف الأجنبي.

ابن عبد السلام: من صار إليه بقية ثمر الحائط لا يبعد دخول الخلاف فيه على القول باعتبار التعليل بالمعروف فقط فإن من صار إليه بقية الحائط بهبة أو شبه ذلك لم يفعل معروفًا مع المعري حتى يرخص له.

قُلتُ: هذا وهم؛ لأنه بناء على أن معنى التعليل بقصد المعروف إنما هو باعتبار الإعطاء وهذا باطل لنص مالك وابن القاسم على التعليل بالمعروف في مسألة من له: نخلة في أصل حائط رجل ضرورة أن لا إعطاء فيها، وإنما التعليل بالمعروف قصد تحصيله بالشراء لا بأمر قبله وهذا واضح من هذه المسألة ومن بحث اللخمي والمازري في إلحاق الأجنبي المعري إذا قصد المعروف.

وفيها: إن أعرى أكثر من خمسة أوسق فله شراء خمسة وقد يجوز لمن أسكن رجلًا حياته شراء بعض السكنى. قال بعض كبار أصحاب مالك: لا يجوز شراء بعض عريته؛ لأن الضرر قائم، وذكر اللخمي والمازري القولين مخرجين على التعليل بالمعروف أو رفع الضرر.

قُلتُ: هو خلاف قول ابن القاسم فيها؛ لأنه قاس الجواز في العرية على جواز شراء بعض السكنى ولا معروف في شراء السكنى فبطل تعليله في العرية بالمعروف لانتفاء علته في هذا القياس، وإنما قولا ابن القاسم، والغير فيها بناء على صحة التعليل باستخلاص رقبة النخل وقصره على رفع الضرر.

وفيها لابن القاسم: من أعرى كل حائطه وهو خمسة أوسق أو أدنى جاز شراء جميعه أو بعضه بالخرص ووقف ابن مالك في شراء جميعه، وبلغني عنه إجازته والذي سمعت منه شراء بعضه وذلك عندي سواء، وإن لم يدفع به ضررًا كما جاز شراء كل السكنى أو بعضها ولا يدفع به ضررًا، وتوهم كون التشبيه بالسكني نظرًا لا قياسًا فلا يتم الرد على اللخمي والمازري، يرد بأنه فيها قياس، نصًّا لنصها: لا بأس أن يشتري منها خمسة أوسق بلغني ذلك عن مالك وأنا أراه حسنًا؛ لأنه قال لي: لا بأس أن يشتري

الرجل ممن أسكنه داره بعض سكناه فهذا عندي مثل العرية، ولم أسمع العرية من مالك وسمعت منه السكنى والعرية على هذا، وهي ترجمة ثانية إن كان الحائط أقل من خمسة أوسق لم يجز أن يشتري منه إلا خمسة، وسألت مالكا عنها فقال: لا بأس به بالعين فقلت له: فبالثمر؟ فلم يجبني، وبلغني أنه أجازه وهو سواء، ويبين لك ذلك، لو أن رجلًا أسكن رجلًا وذكر رجلًا... إلخ.

وزاد ما نصه: قال ابن القاسم: إن قال قائل: إن كان الحائط خمسة أوسق، لم يدخل على ربه فيه أحد ولا يؤذيه فلا يجوز أن يشتري ذلك؛ لأن وجه الرخصة ما يتأذى به من دخول من أعراه وخروجه فليس كما قال؛ والحجة عليه أن الدار إذا أسكنها رجلًا لم يدخل عليه أحد ولم يخرج، ولا بأس لصاحب السكنى أن يشتري بعضه.

قُلتُ: وما أوهم خلاف هذا من لفظ البراذعي متعقب، وعزا المازري المنع لابن الماجِشُون، وخرج هو واللخمي القولين كما تقدم فيرد ما تقدم، وعلى ذلك خرج المازري، واللخمي قولي ابن القاسم فيها وابن الماجِشُون في الواضحة بجواز شراء أحد شركاء في حائط أعروا خمسة أوسق ومنعه، وفي شرطه بخمسة أوسق فأدنى أو بأدنى نقلا الباجي روايتي المصريين وأبي الفرج.

المازري: المشهور عليها جماعة أصحابه، فإن كانت أزيد من خمسة ففي جواز شراء الخمسة بحكم الرخصة وشرطها، والزائد بعين أو عرض أو غيره مما يجوز شراء الثمر به نقلا المازري عن الأشياخ، وخرجه على البيع مع الصرف أو مع النكاح، في عقد واحد.

ولو أعرى رب حوائط رجلًا من كل منها ففي كونها كواحد لا يشتري منها أكثر من خمسة أوسق أو يشتري من كل حائط خمسة أوسق، **ثالثها**: إن كانت بلفظ واحد وإن كان عقد كل عرية في زمن غير من الأخرى فالثاني لعبد الحق مع المازري عن الشَّيخ والقابسي وابن الكاتب وخرجها المازري على تعدد العقد بالمعقود عليه وعدمه.

قُلتُ: هذا يوجب قصر الخلاف على كونها في عقد واحد فيسقط الثالث وهو عده ثالثًا كما تقدم.

وفيها: تعدد تدبير المدبرين في فور واحد ككونهم في عقد واحد فيتحاصون ولو

تراخت عقودهم قدم السابق على اللاحق.

ورجح عبد الحق الثالث بروايته: من اشترى حوائط أصابتها جائحة إن اشتراها في صفقات فجائحة كل حائط على حدته وإن اشتريت في صفقة روعي ثلث الجميع.

وشراؤها لا بحكم الرخصة يعتبر فيه شرط صحة بيع الثمر، فيها: لا يجوز شراؤها بطعام نقدًا إلا أن يجذها مكانه، ولا يجوز بطعام مؤجل ولو جذها، ويجوز بعين أو عرض ولو لأجل.

قُلتُ: يقوم منه إباحة شراء الهبة إلا أن يراعى استخلاص الرقبة، وبه أجاب عبد الحق في شراء لبن المنحة، ولا ثمر بالنخل أو بها ثمر غير مأبور جائز، كانت العرية لسنة أو سنتين إن شرط جذها قبل صلاحها؛ لأنه قادر على بيع الرقاب وإن كانت لسنة أو كانت لأعوام جاز شراء الجملة إن شرط جذ ثمرة هذا العام، وأما بالطعام فإن لم يؤبر ثمرها أو لم يكن جاز ولزمه مؤجلًا؛ لأنه يتحلل بذلك الرقاب ولو كانت لسنتين وكذا بتمر وإن أبر ثمرها ولو جذ كان علفًا جاز شراؤها بطعام ولو من جنسها نقدًا ومؤجلًا إن جذت وإن كان إن جذ أريد للأكل لم يجز على قول ابن القاسم إلا بجذه وقبض عوضه، وعلى قول أشهب بشرط قبض العوض، وإن لم تجذ الثمرة إن لم يؤخر جذها لبدو صلاحها وإن كانت لسنتين وأبر ثمرها وأحب بيعها بطعام أفردت هذه الثمرة بعقد عن الأعوام الباقية، وإن جمعاها في عقد، وهذه الثمرة تبع لثمر باقي الأعوام جاز، ولو بطعام من جنسها، ولو لأجل؛ لأنها تحلل الرقاب ولو بدا صلاحها، والعرية لعام، وبيعت بغير جنسها لم يجز تأخر العوض عن العقد، ويختلف في جواز تأخير الجد، فمنعه ابن القاسم ويجوز على أصل أشهب أن لا جائحة في بيعها بالعين؛ لأنها في ضمان المشتري بكونها في أصوله وسقيها، ولما نقله المازري عنه معبرًا عنه ببعض أشياخي، قال: ومتقدمو الشُيُوخ يمنعون شراءها إن كانت لأعوام يسيرة إلا بشروط الترخيص؛ لأن المقصود شراء الثمرة.

الصقلي: قال أبو عمران: لا يجوز شراء جميع العرية إلا بعد طيبها كانت لسنة أو سنين كثيرة يريد ولو بيعت بعين أو عرض.

وقال غيره: إن طالت السنون جاز ذلك؛ يريد بالعين على القول: لا تباع بالخرص

إلا بعد الزهو، وعلى قول يريد: يجوز بخرصها ثمرًا تخرص إذا طابت كل سنة، ويدفع إليه ذلك الخرص كما جاز في سنة قبل بدو صلاحها.

وقال ابن شبلون: إن كانت حياة المعري جاز شراؤها بالعين للضرورة، وأما بالخرص فلا بشرطها، وإن كانت لسنتين أو ثلاث لم يجز شراؤها بالعين، وقول أبي عمران صواب.

[باب في الذي يبطل العرية]

وموت معريها أو فلسه قبل حوزها يبطلها كجنسها، وفي كونه بحوز أصلها أو به مع ظهور الثمرة فيه ثالثها: بالأول أو مجرد إبارها.

اللخمي: غير معزو كأنه المذهب مع الصقلي عنها وله مع ابن رُشْد والأندلسيين عن ابن حبيب وله مع الصقلي عن أشهب.

وفي المقدمات: قال أبو عمر بن القطان: قول ا بن حبيب مفسر قولها في العرية والهبة، والصدقة لا فرق بين الثلاثة محتجًا على تساويها بسماع يحيي ابن القاسم في رسم الصلاة من كتاب الهبات.

وقال أبو مروان بن مالك قول ابن حبيب خلاف لها، يريد أنه في العارية قبض الأصول وإن لم يطلع ثمرها على ظاهر قولها في الهبة والصدقة.

وقال أبو جعفر بن رزق قوله: مفسر لقولها في العرية خلاف لقولها في الهبة والصدقة، وهو أظهر التأويلات.

قُلتُ: نص السماع.

قال يحيي: سئل مالك عمن قال: ثمر حائطي العام صدقة على فلان ولا ثمر فيه وأراد بيع أصوله ليس له ذلك إلا في فلس فإن مات المتصدق قبل ولم تثمر النخل فلا شيء للمتصدق عليه، ولم يتكلم عليها ابن رُشْد بشيء.

الصقلي: قول ابن القاسم في هباتها إن وهبه ما تلده أمته أو ثمرة نخله عشرين سنة جاز إذا حوزه الأصل أو الأمة أو حاز ذلك أجنبي خير من قول ابن حبيب، وسمع محمد بن خالد، إن مات المعري قبل طيب الثمرة لم يجب لورثته ولو كان قبضها إلا أن

يموت بعد طيبها.

ابن رُشْد حملها محمل الحبس لا الهبة وهو صحيح على القول: إن السقي والزكاة على المعري، وعلى قول أشهب في الحبس: أن الثمرة تورث عنه بالإبار تجب لورثة المعري.

وزكاتها إن كانت بعد الطيب:

قال الصقلي عن محمد وأشهب: على معريها، وقبله فيها وفي الهبة على رب الأصل أو المعطي. ثالثها: في العرية لا الهبة، ورابعها: على من هي بيده يلي القيام عليها لنقل الصقلي مع ظاهر رواية أشهب، ونقل ابن القاسم عن أكابر أصحابه مع الصقلي عن أشهب، ومحمد وقول ابن القاسم مع روايته فيها، والصقلي عن سَحنون، وفي كون سقي العرية على رب الأصل أو المعري قولان لابن القاسم ونقله فيها عن كبار أصحابه.

الصقلي عن محمد: زكاتها على المعري ولم يختلفوا أن سقيها على رب الحائط.

اللخمي: ولو وهب صغيرًا ترضعه أمه، فقال ابن حبيب على واهبه إرضاعه أمه.

وقال ابن القاسم: على الموهوب له إن حلف الواهب إنه لم يرد إرضاعه، ومن عليه زكاتها يجب عليه ضمها لسائر ملكه في كمال النصاب.

وفيها: زكاة العرية، وسقيها على رب الحائط أعراه جزأ شائعًا أو نخلاً معينة أو كل الحائط.

الشَّيخ: يريد: ويخرج زكاته من غيره، ويأخذ المعري جميعه.

اللخمي: لمالك في كتاب المدنيين إن وجد المعري في العرية أكثر مما خرصت به رد الفضل للمعري، وإن وجد أقل فلا شيء له، ومعناه: أن النقص بقوله ولو كان ببينة رجع بقدره.

قُلتُ: قال الباجي: إن وجد أكثر مما خرصت به أو أقل فروى صدقة ابن حبيب لا شيء عليه ولا له.

وفيها: لا بأس أن يشتري ما منحته من لبن نعم بطعام نقدا أو مؤجلًا لجواز شراء

شاة لبون بطعام مؤجل.

اللخمي: ليست سواء؛ لأن قصد بائع المنحة بيع اللبن، وعلى قدر حقه في ذلك اللبن يبيع ولو قصد المعطي تحلل الرقبة فإنما يشتري اللبن وعنه يعطي العوض والصلح عن الإنكار إذا صح على دعوى المنكر وفسد على دعوى المدعي منعه.

ابن القاسم: وأجازه أَصْبَغ فشراء المنحة لا يصح على أصل ابن القاسم، وفي كون حوز الغنم يمنح لبنها بحوزها فقط أو مع ظهور لبنها نقلا الصقلي عن ابن حبيب ومحمد وصوبه.

وفيها: لا بأس أن تشتري سكنى دار أسكنتها رجلًا تعميرًا وخدمة عبدٍ أخدمته رجلًا تعميرًا بسكنى دارًا أو خدمة عبد سَحنون: يعني والمشتري به مؤقت بأجل.

الصقلي: حمل الشَّيخ قول سَحنون على التفسير، والقابسي على الخلاف.

اللخمي: قول القابسي أحسن في الدارين لا في العبدين؛ لأن الدارين مأمونتان أن تبقى حياة المعطي فذلك سكنى يوم بيوم، ولو كانت لمدة معلومة أمكن أن يعيش المعطي لأكثر منها، فيكون عليه غبن وأن يموت قبلها فتبقى ورثته في الثانية فيكون الغبن على المعطى وليس كذلك في العبدين لاختلاف حياتهما قد يطول عمر الثاني فيكون الغبن على المخدم أو يموت قبل الأول فيكون على المعطي قال: ولو تراضيا على سنين معلومة فمات الثاني في نصفها رجع في قيمة نصف خدمة الأول على غررها، وعلى قول ابن القاسم يرجع بقيمة السنين قياسًا على الصلح على الإنكار.

المازري: لو أخر الدار الثانية لسكنى مدة معلومة فتهدمت ففي تخريجها على الخلاف في مسألة الصلح على الإنكار يستحق ما صولح به هل يرجع للخصام أو لقيمة ما صولح به خوف الانتقال من معلوم لمجهول وعدمه اختلاف الأشياخ، ومن اشترى عمرى رباع أعمرها رجلًا فاستحق بعضها فض الثمن على منافعها لا على رقابها، وفي ثبوت مقال البائع باستحقاق أكثرها كهبة الثواب ونفي مقاله، نقلا الصقلي عن أبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن، وفي ثاني وصاياها ووارث المعمر في شراء العمرى مثله.

ولابن رُشْد في رسم شك من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس: وورثة المعمر

مثله في اشتراء السكنى، ولا يجوز لأحدهم عند ابن القاسم اشتراء أكثر من حظه، وأجازه المخزومي ومنع ابن كنانة اشتراء أحدهم قدر حظه إلا أن يجتمعوا على شراء جميعها وقول ابن القاسم هو الصحيح؛ لأن الوارث يملك بذلك التصرف في حظه، وكذا يجب للمحبس عليهما السكنى حياتهما اشتراء المرجع ممن يرجع عليه فيملك بذلك رقبة الدار على ما قاله في غير ما سماع، من ذلك قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات في رسم البيوع الأول: من سماع أشهب بعد ذلك، أنه لا يجوز لمن حبست عليه وصيفة حياته أن يبتاع المرجع من غرماء المحبس فقيل: هو اختلاف قول، وقيل: ليس باختلاف، ويجوز للمخدم شراء مرجع الجارية ممن أخدمه إياها ليتم ملكه رقبتها، ولا يجوز له شراء ذلك من غرمائه إن كان عليه دين والأول أظهر؛ لأن حق الغرماء ليس في عين مرجع الوصيفة بل في ذمة المحبس وكذا لو بيعت بعد موت المحبس في دين عليه؛ لأن الدين إنما هو في ذمته لا في عين التركة على الصحيح من الأقوال، فعلى القول الأول: يجوز اشتراؤه الرقبة ممن أخدمه أو من وارثه أو غرمائه؛ لأنه يملك بذلك الرقبة ولا يجوز على القول الآخر مطلقًا؛ لأنه غرر لا يدري متى يرجع المرجع لمن باعه منه.

ووجه التفرقة بين الموضعين: أن المخدم والمحبس فعلا معروفًا ممن أخدم وأسكن، وجاز لهما شراء الخدمة والسكنى ليملك التصرف في الرقبة بالبيع فيكون إذا فعلا ذلك كأنهما إنما اشتريا الرقبة جاز لهما أن يبيعا المرجع، من المخدم والمسكن؛ لأنه يملك بذلك الرقبة، لما كان الغرماء لا يجوز لهم اشتراء الخدمة لم يجز لهم بيع المرجع، ولا يجوز اتفاقًا اشتراء الخدمة أو السكنى لغير من له الرقبة ولا شراء المرجع لغير من له الخدمة أو السكنى، في تنزيل الموهوب له الخدمة أو السكنى منزلة واهبه في جواز اشتراء المرجع، وتنزيل الموهوب له المرجع منزلة واهبة في جواز ابتياع الخدمة والسكنى قولان الأظهر منهما أن يتنزل منزلتهما على قولها في العرايا: يجوز لمن أسكن رجلًا أن يبتاع السكنى ممن وهبه إياها.

[كتاب الجوائح]

الجائحة: ما أتلف من معجوزٍ عن دفعه عادةٍ قدرًا من ثمرٍ أو نباتٍ بعد بيعه[1].

(1) قال الرَّصاع: رأيت بخط بعض المشايخ أن الشُيُوخ يعبرون على هذا الكتاب بالجوائح ويكتبونه كذلك وتبديل الأسماء أصله في الشرع لحسن التفاؤل قال الشَّيخ رضي الله عنه: (ما أتلف من معجوز عن نفعه عادة قهرا من ثمر أو نبات بعد بيعه) قوله رضي الله عنه: (ما أتلف) صير الجائحة عرفا شرعيا هي التلف وأصلها في اللغة المصيبة العامة المذهبة لمال أو نفس أو غيرهما ثم خصصت في الشرع بما ذكر قوله: (من معجوز) من لبيان الجنس والمعجوز عن دفعه عادة أخرج به ما لم يعجز عن دفعه والذي لم يعجز عن دفعه كالبرد والنار والريح والغرق والجراد والسموم وقد أطلق عليها جائحة في المَدَوَّنة وأما السارق والجيش ففيهما خلاف وقد ذكر الباجي الخلاف في كونها الذي أصاب الثمرة بكل وجه أو ما أصاب الثمرة بغالب لا يستطاع دفعه وعن ابن القاسم القولان وقيل أنه مقصور على أمر سماوي.

(فإن قلت): على أي مذهب عرف الشَّيخ.

(قُلتُ): لا يصح على المذهب الأول ولا على الثالث؛ وإنما يصح على الثاني.

(فإن قلت): كيف يصح على الثاني وقد قال فيها: أو لغالب لا يستطاع دفعه مطلقا ففيه قيود لم يذكرها الشَّيخ.

قُلتُ: يمكن أن يقال قوله معجوز عن دفعه عادة يستلزم تلك القيود وقوله: (قدرًا) مفعول بأتلف وأطلق في القدر حتى يعم الثمار وغيرها إلا أن الثمار فيها شرط الثلث وأطلق في الثمر ظاهره أي ثمر كان والنبات كالبقول وما شابهها وهو كذلك إلا أنه لا تحديد في قدرها.

(فإن قلت): يصدق حد الشَّيخ على من اشترى شجرًا وفيها ثمر ثم أصيب الثمر أن يكون جائحة وقد قال مالك لا جائحة في ذلك.

قُلتُ: المسألة فيها خلاف والشَّيخ ربما يكون حده لعموم المسائل وهنا مسائل مختلف فيها قوله: (بعد بيعه) أعم من كونه قبضه أو لم يقبضه دخل في ضمان المشتري أم لا وبعد البيع معمول للفعل الصلة وتأمل هذا ففيه ما يتأمل والله أعلم.

(فإن قلت): قوله: أو نبات أطلق فيه وظاهره أي: نبات كان حتى إذا باع نباتا من ربيع أو غيره كورق توت أو ورق غيره.

قُلتُ: ذكروا في ذلك مسائل مشهورة وفيها خلاف والله أعلم وأورد بعضهم على الشَّيخ الإمام في رسمه للجائحة بأن الرسم المذكور إنما هو للاسم وأجاب الشَّيخ بأن الفقهاء يطلقون ذلك على الاسم وأجاب بعض تلامذته بأن الفقهاء يطلقون ذلك على الأمرين فالصواب ذكر الحدين أو الرسمين وأورد على المؤلف أيضًا رحمه الله في حياته إذا ساقى رجل رجلا زيتونا فأجيحت الثمرة فإن فيها

روى مسلم عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، وعنه قال رسول الله ﷺ: **«لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا ثم تأخذ مال أخيك بغير حقٍ؟»**[1].

قال عبد الحق: وروى أبو محمد من حديث عبد الملك بن حبيب عن مُطَرِّف عن أبي طوالة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: **«إذا أصيب ثلث الثمرة فقد وجب على البائع الوضيعة»**.

قال عبد الملك: وحدثني أَصْبَغ بن الفرج عن السبيعي عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة الرأي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الحوائج إذا بلغت ثلث الثمرة فصاعدًا وسكت عنه عبد الحق ولم يتعقبه ابن القطان.

وفيها: ما بيع من ثمر نخل وعنب وغيره بعد أن يبس وصار تمرًا أو زبيبًا فلا جائحة فيه، ولو اشترى ذلك حين الزهو ثم أجيح بعد إمكان جذاذه ويبسه فلا جائحة فيه وكأنك ابتعته بعد إمكان الجذاذ.

الصقلي عن سَحنون: إن تناهى العنب وآن قطافه حتى لا يترك إلا لسوق ترجى أو لشغل فلا جائحة فيه.

الرجوع بها والبيع لم يوجد فيها والرسم فيه اشتراط البيع فالرسم غير منعكس وأجاب رَحِمَهُ اللَّهُ بأن عقد المساقاة يتنزل منزلة البيع وهذا الجواب منه رَحِمَهُ اللَّهُ يحتاج إلى فهم عنه فإن ما يتنزل منزلة الشيء لا يدخل تحت الحد إلا بما يدل عليه لفظا وقد صرح في كثير من رسومه بمثل ذلك ويعين ما يدل على دخول ما كان كذلك والله سبحانه الموفق للصواب.

(فإن قلت): يرد على الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أن يقال: رسمه غير منعكس لوجود الجائحة في الذي لم يقع بيعه من النبات بل وقع استئجار الماء له وقد قال في شفعتها من اشترى شرب يوم أو شهر أو شهرين لسقي زرع له فغار الماء وضع عن مشتريه ما قل منه فهذه الصورة من هذا الباب ولا تدخل تحت رسمه لعدم وجود البيع في ثمر أو نبات.

(قُلتُ): لعله أن يقول رَحِمَهُ اللَّهُ إن ذلك مما ألحق بالباب لا أنه من الباب لأنه لم يطلق فيها عليها الجائحة والله أعلم.

(1) أخرجه مسلم رقم (1554) في المساقاة، باب وضع الجوائح، وأبو داود رقم (3374) و(3470) في الإجارة، باب وضع الجائحة، وباب بيع السنين، والنسائي: 7/264، 265 في البيوع، باب وضع الجوائح.

اللخمي: ما أصيب قبل كمال انتقاله لتمام حلاوته، وما أشبه ذلك من مقصود فيه لم يوجد بعد ففيه الجائحة ولو كان تم سقيه أو كان بعلًا، وما أجيح قبل استكمال جفافه، وكان إبقاءه لئلا يفسد إن جذ حينئذ كالبقل يؤخر ليقبض شيئًا بعد شيء يختلف في وضع الجائحة فيه وما تم جفافه وما بقي إلا جفافه ومكن المشتري منه؛ لأنه دفع ثمنه أو كان مؤجلًا، وكان الجد على المشتري فهو منه وإن حبس بالثمن فعلى ضمان ما حبس به من ثوب أو عبد وإن لم يكن محبوسًا وجذاذه من بائعه، ففي ضمانه بائعه أو مبتاعه خلاف، وكذا العنب بعد استكماله عسيلته وبقاؤه ليأخذه على قدر حاجته لئلا يفسد إن أخذ مرة واحدة ثم استعمله على قدر حاجته فهو على الخلاف إن كانت العادة بقاؤه لمثل ذلك وإن كانت العادة جادة، مرة فأخره ليأخذه على قدر حاجته فهو منه وكذا الزيتون قبل كمال زيته من بائعه.

ابن رُشْد: فيما أجيح قبل كمال طيبه، الجائحة اتفاقًا لحق المبتاع في بقائها حتى تيبس، وما أجيح بعد إمكان جذاذه بعد طيبه وقبل مضي ما يؤخر إليه جذه عادة يجري على اختلاف قول مالك في البقول، وما أجيح بعده من مبتاعه اتفاقًا، ففي كون الثمرة من مبتاعها بتناهي طيبها، فإن لم يمض ما يمكنه فيه جدها أو بمضيه، ثالثها: يمضي ذلك وما يجري العرف بالتأخير إليه، وهذا تحصيل لم أره لغيره.

قُلتُ: للباجي روى ابن القاسم في المدنيَّة إن اشترى التمر في رؤوس النخل وقد طابت طيبًا بينا فلا جائحة فيه؛ لأنه مثل ما في الجرين، ولعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة: من اشترى فاكهة أو رطبا فطاب وأخرها رجاء النفاق فأصابتها جائحة، ولو عجل بها لم يصبها جائحة، وضع عنه الثلث ولعيسى عنه عن مالك ذلك على البائع ما لم تيبس الثمر؛ يريد: لأن بقاءها لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود وعليه ابتاع وفي جذها جملة فساد.

قال ابن الحاجب: فلو انتهت كالعنب يطيب والبقول والقصيل فلا جائحة كالتمر على النخل.

وقال سَحنون: فيه الجائحة.

قال ابن عبد السلام: ما حكاه المؤلف عن سَحنون حكاه غيره وحكى ابن يونس

عنه إن تناهي العنب وآن قطافه حتى لا يتركه تارك فذكر ما قدمناه، وقال: وهذا مخالف لما حكاه المؤلف عنه والأقرب أن لا جائحة في مثل هذا.

قُلتُ: مثل ما ذكره الصقلي عن سَحنون ذكر الباجي عنه نصًّا سواء.

المتيطي: ما بيع من ثمر ييبس بعد انتهائه بحيث لا يتزايد طيبه بتبقيته أو بيع قبل هذا ثم انتهى إليه فمشهور المذهب لا جائحة فيه، ولعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيه الجائحة، وذكر ابن عبد السلام هنا سماع سَحنون ابن القاسم فيمن ابتاع زرعًا بعد طيبه ويبسه بثمن فاسد وتلقي كلام ابن رُشْد فيه بالقبول، وقد تقدم الكلام عليه في حكم ضمان المبيع فتذكره وما بيع من ثمر مع أصله في لغو جائحته ولو عظم، وثبوتها إن عظم خطره قولها مع الموازيَّة ورواية الواضحة وابن حبيب عن أَصْبَغ.

وفيها: من اشترط في اكترائه دارًا نخلات بها أقل من الثلث ولو قبل إبارها؛ جاز ولا جائحة فيها، وكذا مكتري أرض بها سواد قدر الثلث فأقل اشترطه.

الصقلي: جعل في الدار التبع ما دون الثلث وهو لمالك وفي الأرض الثلث وهو لابن القاسم وهما سواء.

روى ابن القاسم: ما دون الثلث وفيها بلغه الثلث وبه أخذ، وفي لغوها في النكاح لبنائه على المعروف، وثبوتها لأنها عوض للعتبي عن ابن القاسم وغير واحد عن ابن الماجِشُون وصوبه الصقلي واللخمي.

وفيها: كل ما هو من قبل الله جائحة كالجراد والنار والريح، والغرق والبرد والمطر والطير الغالب والدود، وعفن الثمرة في الشجرة والسموم.

ابن حارث: اتفاقًا، قال: وفي السارق قولاها لابن القاسم وابن نافع.

ابن حارث: في السارق والجيش، والسلطان الغالب قولان لابن القاسم مع ابن عبد الحَكم وأَصْبَغ وابن حبيب والأخوين مع سَحنون.

ابن رُشْد: فرق ابن نافع بين السارق والجيش.

المتيطي: في كون الجيش جائحة روايتا ابن القاسم والأخوين، لأَصْبَغ في السارق كابن نافع ولمحمد عن ابن القاسم مثله الباجي: في كونها ما أصاب الثمرة بأي وجه كان أو بغالب لا يستطاع دفعه مطلقًا، ثالثها: ما كان سماويًا لا من صنع ادمي لسَحنون

عن ابن القاسم ومحمد عن ابن القاسم وابن نافع فيها، ومالك.

ابن رُشْد: في ثبوتها بالجيش والسارق ثالثها: بالجيش لابن القاسم والأخوين وابن نافع.

عبد الحق عن الشَّيخ والقابسي: إنما يكون السارق جائحة عند ابن القاسم، إن لم يعرف وإن عرف اتبعه المبتاع بقيمة ما سرق له، وإن كان معدمًا ولا يكون جائحة.

قُلتُ: يلزم مثله في الجيش إن عرف منه واحد؛ لأنه يضمن جميعه، والأظهر في عدمه غير مرجو يسره عن قرب إنه جائحة، وهو ظاهر الرواية.

وفي الزاهي: إن سقطت الثمرة بريح وأمكن لقطها فهي جائحة.

ابن الماجِشُون: ليس ذلك بجائحة ولو أصيبت بتناثر أسقط ثلث ثمنها والمكيلة قائمة، ففي كونها جائحة قولان، الذي أراه أنه غير جائحة.

اللخمي: إن عابها السموم ولم يسقط منها شيئًا فله الرد بالعيب فقط، وإن كان مع إسقاطه ثلثها رجع بمناب الساقط، وله في الباقي حكم العيب، وكذا الغبار، واختلف إن أسقطها الريح فذكر قولي ابن شعبان وابن الماجِشُون، قال: وأرى إن عابها فله حكم العيب وإن أسقط الثلث لم يرجع بشيء على قول عبد الملك وعلى الآخر يخير في قبوله معيبًا بكل ثمنه، ورده فيسقط عنه ثلث ثمنه.

قُلتُ: قوله: لم يرجع بشيء على قول عبد الملك: إن أراد مع تخييره لأجل العيب فواضح وإلا فضرر بالمبتاع، فإن قيل: هو عيب حدث بعد العقد.

قُلتُ: قد قال به فيما عابه السموم.

وقوله: على القول الآخر... إلخ؛ يرد بأن ظاهر قول ابن شعبان أن مناب نقصه بسقوطه من الثمن يوضع من الثمن كذهاب قدر الثمرة بالجائحة من الثمن وإن أسقط الدود الثلث فأكثر فله رد الساقط أو حبسه ولا يحط عنه شيء وإن أسقطها الدود وأذهب منها الثلث فله حبسه، ويحط عنه بقدر ما أكل الدود أو رد الباقي بالعيب ويسقط عنه كل الثمن.

وفيها: قال مالك: ما ذهب من التمر من قبل ماء العيون وضع عن المشتري ولو قل؛ لأن البائع حين باع الثمر إنما باعها على الماء، فما أصيب من قبل الماء فسببه من

قبل البائع.

قُلتُ: وماء السماء بمنزلته، قال: لم أسمع منه فيه شيئًا وأراه مثله إذا كان إنما كان حياتها سقيها، وتعقب ابن عبد السلام قوله: (لأن البائع حين باع الثمرة... إلخ) فإنه يقتضي في شجر السقي أن لا يقضي بالنقد حتى ينظر عاقبته وأن لا يجوز البيع على النقد ولا سيما في شجر البعل.

قُلتُ: إنما شجر ما هو سقي فلا تعقب فيه ليسر حصوله، وأمنه فيجب النقد لتمكنه من قبضه في الحال، وأما البعل فالحق تعقب قياسه على ما هو سقي، وفي جوابه أن ابن القاسم إنما سئل عن حكم جائحته، وحكم الجائحة متأخر عن وقوع البيع، وبيعه ماض لا يفسخ إنما كرهه مالك فقط، فاستقام جوابه فيها فتأمله ويخرج من كلام التونسي فيما يشتري على الجد، الجواب فإن السقي قد يكون لبقاء حسن الثمر إلا الزيادة تحدث. ومثل هذا يكفي فيه اليسير، والغالب وجوده فصار كماء العين، وفي شفعتها: من اشترى شرب يوم أو شهرين لسقي زرع له فغار الماء وضع عن مشتريه ما قل منه أو كثر.

ابن القاسم: وقال مالك: ما أصيب من الثمر من قبل الماء وضع، وإن كان أقل من الثلث فكذلك الماء عندي إذ قطع بعض ما اشترى له إلا أن يكون ما فسد لذلك يسيرًا لا خطب له.

اللخمي: في الرجوع بنقض الماء المشتري لسقي مطلقًا أو إن بلغ الثلث قولان، والأول أحسن.

تنبيه: قلت: أرأيت البقول الكراث والسلق وشبهه والجزر والبصل والفجل، إن أصابته جائحة أقل من الثلث؟ قال: قال مالك: يوضع ذلك ولو قل.

وروى على أن البقل إن بلغت جائحته الثلث، وضعت وإلا فلا، ورواه ابن أشرس.

الجلاب: في وضع جائحة البقل، ثالث الروايات إن بلغت الثلث.

الباجي: وروى ابن القاسم في المدنيَّة إلا أن يكون الشيء التافه فلا يوضع، قول ابن حارث: اتفقوا على وضع جائحة البقل، واختلفوا في قدر ما يوضع خلاف ثاني

روايات الجلاب ونقل غيره.

اللخمي عن محمد: ما لا بال له لا يوضع وما له بال يوضع، ولابن القاسم في العتبيَّة: ما جازت مساقاته على غير الاضطرار فلا جائحة فيه حتى تبلغ الثلث إلا الموز لا تجوز مساقاته ولا جائحة فيه حتى يبلغ الثلث فرأى أن جائحة البصل والجوز واللفت وما لا يخلف إن جذ كالثمار، وما يجذ ويخلف يوضع قليله ككثيره، ولا وجه لهذه التفرقة.

وفي المقدمات: رواية سَحنون عن ابن القاسم ما جازت مساقاته من البقول كاللفت فجائحته كالثمار، وما لا تجوز مساقاته وضعت جائحته ولو قلت؛ قلت: ومثله في الموازيَّة وهو خلاف المدَوَّنة.

ابن عبد السلام: على المشهور توضع جائحة البقول واختلف في الأصول المغيبة: كاللفت والبصل والإسفنارية هل هي كالبقول أم لا؟

قُلتُ: تقدم نص المدَوَّنة أن الجزر والفجل من البقول وكذا نقل اللخمي وغيره.

وفي سماع سَحنون ابن القاسم: وأما الزعفران والبقل، والريحان والقرط والقصب والسكر والكسبر فيوضع في الجائحة قليله وكثيره.

وفي وضعها في قصب السكر، ثالثها: إن بلغت الثلث لابن حارث عن نص أشهب مع ظاهر أحد قولي ابن القاسم وثانيهما نصًّا وقوله في العتبيَّة.

الصقلي عن ابن حبيب: وجائحة القصب غير الحلو كالحلو لا يوضع حتى يبلغ الثلث، ولا تباع حتى يبدو صلاحها بطنًا واحدًا.

وفي وضعها في ورق التوت ولو قل أو إن بلغت الثلث سماع أبي زيد ابن القاسم وقول ابن حبيب.

التونسي: أنظر لو مات دود الحرير الذي لا يراد ورق التوت إلا لأكله هل مشتريه كمكتري حمامًا أو فندقًا خلا بلده فلم يجد من يعمره فيكون له متكلم أو لا يشبهه؛ لأن ضمان الريع في ضمان مكريه، وورق التوت سلعة تضمن بالعقد كمن اشترى علفًا لقافلة تأتيه فعدلت عن محله أو ليس مثله لإمكان نقل الطعام حيث يباع، وورق التوت لا ينقل؟.

الصقلي: وكذا لو اشترى قوم ثمار بلد وانجلى أهلها عنها لفتنة أو لأهل حرب كان ذلك جائحة.

اللخمي: وتوضع في المقاثي اتفاقًا، وفي وضعها ولو قلت: إن بلغت الثلث قولا أشهب كالبقل وابن القاسم والأول أقيس.

الباجي: روى ابن القاسم وجميع أصحابنا في جائحة القثاء والبطيخ والقرع والباذنجان والفول والجلبان اعتبار الثلث في جائحتها،

وقال أشهب: المقاثي كالبقل توضع ولو قلت.

قُلتُ: هو قول أشهب في سماع أَصْبَغ في جامع البيوع.

ابن رُشْد: معناه في مقاثي الفقوس لا البطيخ؛ لأن الفقوس يجنى صغيرًا وكبيرًا كالبقول في استعجال قطعها بخلاف الثمار التي تحتاج لبقائها إلى تناهيها.

[باب فيما يشترط فيه الثلث في وضع الجوائح]

والثلث فيما هو فيها ييبس ويدخر ويترك حتى يجد جميعه مما يخرص أم لا كالنخل والعنب والزيتون واللوز والفستق والجوز واللوز وشبهه قدره من الثمرة يوضع له ثلث الثمن لا ينظر فيه لاختلاف سوق إن كان الصنف الثمر صنفًا واحدًا.

الباجي: اتفاقًا.

وفيها: وما يقطع بطونًا كالمقاثي والورد والياسمين والتفاح والرمان والخوخ والموز والأترج إن بلغ المجاح ثلث قدره اعتبر ولو قصر منابه من قيمة جميعه عن ثلثه وإلا فلا، ولو بلغ منابه منه تسعة أعشاره وعكس.

أشهب: فراعى الثلث في قيمته لا قدره.

الباجي: إن كان ما يجد جميعه جنسًا واحدًا ذا أنواع مختلفة اعتبر ثلث جميعها اتفاقًا.

وفي كونه بقدر الثمرة أو قيمتها؟ قولا ابن القاسم وأشهب.

الشَّيخ: ذكر ابن حبيب قول ابن القاسم وعزاه للأخوين وابن عبد الحَكم معه قال: ولم يفرق ابن القاسم بين تفاضل القيم في النوع الواحد ويقول قولًا مجملًا إن

بلغت الجائحة ثلث الثمر رجع بثلث الثمن فلا تقويم.

الشَّيخ: ما قاله ابن حبيب عنه شيء تأوله عليه وهو بعيد من مذهب ابن القاسم.

قُلتُ: هو خلاف نص قوله فيها إن كان في الحائط أصناف برني وعجوة وغيره أجيح أحدها فإن كان قدر الثلث كيلًا من الأصناف وضع من الثمن قدر قيمته من جميعها ناب على الثلث.

أبو حفص: الحيطان المتفرقة لكل حائط حكم على حدة.

قُلتُ: هذا خلاف سماع ابن القاسم إن أجيح ثمر حائط أو بعضه اشتري مع حائط صفقة واحدة وضعت إن بلغ ثلث ثمره كل الحائط.

ابن رُشْد: الحوائط في صفقة كحائط واحد يوضع للجائحة ثلث الثمن بقدر ثلث الثمر إن تساوى الثمن في الطيب أو تقارب، وإن كان بعضه أفضل وأطيب ففي كون المعتبر ثلث الثمرة بثلث الثمن ولا تقويم أو ثلثها فيوضع عنه مناب قيمة المجاح من قيمة ما سلم من الثمن فإن قصر عن ثلث الثمرة ألغيت جائحته، ولو بلغ من الثمر أكثر من ثلثه، ثالثها: إن أجيح ما قيمته الثلث وضع ولو كان عشر الثمرة لأَصْبَغ عن ابن القاسم وله ولأشهب.

قُلتُ: ما عزاه ابن القاسم هو ما وهم فيه الشَّيخ.

ابن حبيب: ولم يذكر قول ابن القاسم فيها، وإن كان المبيع أجناسًا.

الباجي: ككونه عنبًا وتينًا وسفرجلا.

ابن رُشْد: ككونه عنبًا وتينًا ورمانًا فطريقان:

الباجي، وابن زرقون: في اعتبار كل جنس كأنه بيع وحده واعتبار كون قيمة المجاح ثلث الجميع دون اعتبار قدره من قدر الجميع، ثالثها: اعتبار بلوغ قيمة المجاح مع بلوغ قدره ثلث قدر نوعه لرواية ابن حبيب، وقولي أَصْبَغ وابن القاسم.

ابن رُشْد: الأقوال ثلاثة فذكر الأولين، وعزا الثاني لأشهب فقط، قال: والثالث إن كان المجاح ثلث الثمر، وضع منابه من الثمن ولو قل، قاله أَصْبَغ.

وقال محمد: إن قصر أحد الأصناف عن الثلث فلا جائحة ولو أتت على جميعه.

قُلتُ: ما عزاه لأَصْبَغ مغاير لثلاثة.

الباجي وابن زرقون: التقويم يوم الصفقة أو يوم نزول الجائحة والجناية نقلا عياض عن تأويلها.

ابن أبي زَمَنَيْن مع ابن زَرْب وغيرهم.

عياض: والأول أصل ابن القاسم في استحقاق بعض السلع إنها تقوم يوم الصفقة لا يوم النازلة وذكر تعلق كل فريق بألفاظ تعلق بها منها.

قُلتُ: وقال عبد الحق: اضطرب إذا أجيح أول بطن من مقتات هل يعجل تقويم باقي البطون الآن على ما عرف من عادتها أم يستأني حتى يجني جميعها؟ وهذا أصوب فلا يرجع إلى الاجتهاد فيما يعلم حقيقة عيانًا ولا حجة بخوف فلس البائع؛ لأنه أمر طارئ. وفي أولها التين كالرمان وبعده يسأل عنه.

عياض: هذا يختلف في البلاد فيحكم فيه بحال محله.

اللخمي: ما ييبس ولا يباع رطبًا اعتبر قدره إلا أن يخالف أوله آخره بالجودة فتقوم بطونه، الثمر إن قرب من الحاضرة يباع رطبًا ولا يدخر نظرا لاختلاف أسواقه، والمذهب لزوم ما سلم من الثمر ولو قل، وعدم الرجوع بما أجيح إن قل بخلاف الاستحقاق فيهما لدخول المشتري على عدم الكمال لغلبته، وفي ثبوتها في شراء المعرى عريته قولان لروايتها والباجي مع غيره عن رواية ابن وَهْب.

الباجي: هذا إن كانت نخلًا معينة، ولو كانت أوسقا من حائط فلم يبق إلا قدرها لزمه أداؤها كمن أوصى بثمرة حائطه لإنسان، ولآخر بأوسق منه فتلفت إلا الأوسق فجميعها له دون الموصى له بسائر الثمرة.

ومن استثنى من ثمر حائط باعه كيلًا يجوز له فأجيح بعضه، ففي تعلق الجائحة بالمستثنى كالثمر أو به فقط فيأخذ البائع ما استثناه ولو لم تبق غيره نقلا الصقلي عن رواية ابن القاسم مع أشهب وابن عبد الحَكم ورواية ابن وَهْب.

قُلتُ: الأولى سماع ابن القاسم وخرجها ابن رُشْد والباجي وغيرهما على أن المستثنى مشترى أو مبقى وعزاهما الباجي لمالك.

وقال اللخمي: القول: إن هذا الأصل على أن المستثنى مشترى وهم لا وجه له ولو كان مشترى كان حرامًا.

قُلتُ: وهذا نحو نقل الصقلي عن بعض الفقهاء الصواب رواية ابن وَهْب؛ لأنه كمن باع رطبًا يأخذ ثمرًا وللباجي في إسقاط قدر الجائحة من العدد المستثنى مطلقًا أو إن بلغ المجاح الثلث، ثالثها: لا يوضع منه شيء ولو كثر المجاح لرواية ابن القاسم مع أشهب وقول ابن القاسم في المدنيَّة ورواية ابن وَهْب.

قُلتُ: هذا خلاف نقل الصقلي رواية ابن القاسم وأشهب فتأمله.

وقال اللخمي: اختلف فيها على ثلاثة أقوال فذكر أول أقوال الباجي معزوا لأبي الفرج ووراوية ابن وَهْب ولم يذكر ثالثا.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم من باع جزءًا من ثمر حائطه فجائحته بينهما على قدر شركتهما ما ناب المبيع اعتبر قدره؛ كأنه بيع وحده.

ابن رُشْد: لا كلام في هذا لوضوحه.

اللخمي: من اشترى عشرة أوسق من حائط بعينه فأجيح بدئ المشتري فيما سلم ولو اشترى غيره بعده مثله بدئ الأول.

وفيها: من أسلم في حائط بعينه فأجيح بعضه اتبعه بحقه في بقيته؛ لأنه على الكيل. وما اشتري مع أصله تقدم أن لا جائحة فيه.

اللخمي: لابن حبيب عن أَصْبَغ إن أجيحت بعد الطيب وهي مما يعظم قدرها ففيها الجائحة، والأول أحسن ولابن رُشْد تخريج يأتي إن شاء الله.

وفيها: ما اشترى مما يؤكل أخضر من فول أو قطنية بعد أن طاب للأكل على أن يتركه حتى ييبس لم يصلح عند مالك، وكرهه وإن شرط قطعه أخضر جاز وفيه الجائحة إن أصابت ثلثه.

التونسي: إن كان لأن له سقيا لحفظ بقائه بحاله لا لحدوث زيادة فيه، فله وجه كسقي القصيل لبقائه بحاله لا لزيادة فيه فإن قيل لحق توفيته كالمبيع الغائب، وقدر تسليم الحاضر رد بكونه لو كان لذلك ضمنه البائع ولو قل.

قُلتُ: قبل الصقلي هذا الإلزام ويجاب عنه بأن حق المبتاع في مضي زمن قبضه المعتاد فيه كحقه في بقائه فيما لم يشترط عليه جده فأعطى حكمه في توفيته بالثلث.

وفيها: ما اشتري من ثمر نخلٍ قبل بدو صلاحه على جده يومه أو من الغد فأجيح

قبل جده أيكون كالبقل؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا وأرى فيه الجائحة إن بلغت الثلث وكذا بلح الثمار كلها، التين والجوز والفستق على جده.

وفيها: من اشترى ثمرًا أزهى بعد شرائه أصله فلا جائحة فيه.

اللخمي: قال في الموازيَّة: هو من بائعه، وفي تعليل سقوطها بإلحاقها بالعقد أو سقوطه سقيها عن البائع قولان لظاهرها ولسَحنون والقول بأن مصيبتها من البائع أحسن؛ لأنهما عقدان، وسقيها على البائع بمقتضى مجرد العقد إلا أن يفهم بعضهم عن بعض سقوطه ولو قيل: هو عليهما قبل شراء الثمرة كان وجهًا؛ لأن نفعه للأصل والثمرة إلا أن تستغني الأصول عنه تلك المدة لو لم يكن بها ثمر فيكون على البائع إبقاؤها لنفسه، أو باعها بعد ذلك إلا أن يشترط حين بيعها أن لا سقي عليه.

قُلتُ: ما عزاه للموازية هو سماع أبي زيد ابن القاسم.

ابن رُشْد: إن اشترى الثمرة قبل زهوها بعد شرائه الأصل فلا جائحة، كما لو اشترطها في ابتياعه لأصل قبل زهوها؛ لأنها تبع لا حصة لها من الثمن وإن اشتراها بعد زهوها، يقال فيها الجائحة، وهو خلاف قوله فيها إن اشتراها مع أصلها فقد حل بيعها لا جائحة فيها إذ لا فرق بين شرائها معها أو بعدها؛ لأن لها في شرائها معها حظًا من الثمن وهو نص أَصْبَغ في الواضحة، والصواب قولها: لا جائحة؛ لأنها في ضمان المشتري بالعقد؛ لأنها في أصوله، هذه العلة الصحيحة لا تعليل المدَوَّنة بأنها تبع للأصول، وإن اشتراه قبل زهوه بعد شرائه الأصل ففيها لا جائحة كما لو جمعهما في أول الصفقة، وإن اشترى الثمرة بعد زهوه ثم اشترى الأصل ففيها الجائحة، قاله محمد.

الصقلي: لوجوبها قبل الأصل.

اللخمي: والسقي باق على البائع ولو شرط سقوطه بجائحة عنه كبيعه الأصل من غير مشتري ثمره وشرط عليه سقي الثمرة، فالسقي على المشتري بالشرط وانتقال الثمر إلى حلاوة ونضج وبقية البيع الأول وهو من توفيته وإن اشتراه قبل زهوه على الجد ثم اشترى أصله فلا جائحة فيه.

اللخمي: إن قال أنا أجذه على ما اشتريت ففيه الجائحة إلا أن يتراخى بجده عن ما كان يجده إليه.

وفيها: من اشترى ثمرًا قبل بدو صلاحه على الترك فهو من بائعه؛ لأنه فاسد، والثمر في الشجر لم يقبضه مبتاعه.

وفيها: قال مالك: إن أجيحت الثمرة بعد أن عمل فيها المساقي وضعت الجائحة عنه، وروى سعيد إن أصابت دون الثلث لم يوضع عنه سقى شيء من الحائط وإن أصابت ثلثه، خير في سقي جميعه، وتركه الصقلي عن محمد: هذا إن شاعت الجائحة في الحائط، وإن خصت ناحية منه سقي ما سلم فقط ما لم يكن يسيرًا جدًّا الثلث فأقل، وإن شاعت الجائحة واختار ترك سقي الحائط فلا شيء له فيما يقدم من عمله ونفقته، وروى أشهب لا جائحة في المساقاة ولا للعامل خروج منها، وهما شريكان في النماء والنقص.

وفيها: ما اشترط من ثمر شجر بأرض أو دار أكثر من الثلث كشرائه وحده وثمنه منابه مع ما أكري معه من الثمن وما كان تبعًا لأرض أو دار لا جائحة فيه.

اللخمي: اختلف إن كان جميع الثمرة أقل من الثلث فأصيب جميعها أو الثلث، قيل: فيها الجائحة. وقيل: لا جائحة؛ لأنها تبع، والأول أحسن؛ لأنها مشتراة مقصودة فاختيار المشتري شراءها لا لدفع مضرة ففارقت ما اشترى قبل صلاحه؛ لأنه إنما أجيز لدفع ضرر الدخول والخروج، ولو قصد الشراء لغرض غير ذلك لم يجز.

وسمع ابن القاسم شرط إسقاط الجائحة لغو وهي لازمة.

ابن رُشْد: لأنه لو أسقطها بعد العقد لم يلزمه؛ لأنه إسقاط حق قبل وجوبه فكذا في العقد ولا يؤثر فسادًا؛ لأنه لا حظ له من الثمن؛ لأن الجائحة أمر نادر.

قُلتُ: زاد اللخمي عن السليمانية البيع فاسد وعزا الأول لرواية محمد قال: وأرى أن يخير البائع إن أسقط شرطه صح البيع وإلا رد، وله في الفوت الأكثر من القيمة أو الثمن وإنما بطل الشرط؛ لأن ما تنتقل إليه الثمرة من حلاوة ونضج مشترى فشرط إسقاط الجائحة كمن شرط أخذ ثمن ما لم يكن بعد ولو شرط السقي على المشتري ففي كون الجائحة من البائع أو المشتري خلاف بناء على صرف انتقال حالها وطيبها للأصول دون الماء والسقي أولهما.

المتبايعان مطلقًا إن اختلفا في جنس أحد العوضين كتمر وبر، تحالفا وتفاسخا.

ابن حارث: اتفاقا.

المازري: لم يختلف فيه أصحاب مالك، وخرج فيه شيخنا عبد الحميد، خلافًا من قولها: من صبغ لرجل ثوبًا أسود وقال: به أمرني ربه، وقال ربه إنما أمرتك بصبغه أحمر، القول قول الصباغ، وفي تخريجه نظر؛ لأن الصباغ بدفع الثوب إليه مؤتمن عليه والمتبايعان لا ائتمان أحدهما من الآخر بل كل منهما مدع على صاحبه، قال: ونقل أبو الفرج عن ابن الماجِشُون: إن قال: أسلمت إليك في قمح، وقال الآخر بل في شعير لا يتحالفان؛ لأنهما اتفقا على جنس واحد يقتضي عدم مخالفته ملكًا فيما هما جنسان، وقول عبد الملك بناء منه على ملزومية كونهما جنسًا في الربا كونهما جنسًا في غيره، وذلك غير صحيح؛ لأن علة الربا غير علة التداعي؛ علة الربا تقارب المنافع، وعلة التخالف عدم إقرار أحدهما بما قال الآخر.

ابن زرقون: لا خلاف في المذهب في ذلك إلا ما حكاه ابن حبيب وغيره عن ابن القاسم في الكراء أن القول قول الساكن إن أشبه، والذهب والدراهم نوعان كالقمح والشعير، وكذلك الرواية حكاه ابن سهل في باب ذكر الخلطة من أحكامه.

المازري: نقل محمد عن أشهب إن اختلفا في القدر أو الجنس، وعرف كذب أحدهما وصدق الآخر قبل قوله يدل على رعي الشبهة مع القيام، وهو مقتضى المذهب ببادئ الرأي كالعرف في تداعي الزوجين في متاع البيت والقمط في تداعي الحائط ورده بأن هذا فيما لم يعلم فيه تقدم تعيين مالكه والمبيع متقدم تعيين مالكه، وهو بائعه.

قُلتُ: فرعي الشبه في الاختلاف في الجنس مخصص عموم الاتفاق على التحالف فيه.

اللخمي: اختلافهما في الجودة كاختلافهما في الكيل، وإن قال: أسلمت إليك في فرس صفته كيت، وقال الآخر دونها فكاختلافهما في الكيل، فإن قال أحدهما: ذكر وقال الآخر: أنثى تحالفا؛ لأن كل واحد منهما يراد لما لا يراد إليه الآخر، ولو اختلفا بذلك في البغال كان كاختلافهما في الجودة؛ لأن الأنثى لا تراد للنسل وتبعه المازري.

اللخمي: أرى إن قال: المسلم: عشرة أقفزة قمحًا، والمسلم إليه: عشرين شعيرًا، وثمن القدرين واحد، أن لا يحلفا ويشترى بثمن الشعير قمح.

قُلتُ: وينبغي أن يلي ذلك المسلم إليه لا المسلم خوف وقوعه في فاسد الاقتضاء أو شبهه، وفي كون اختلافهما بدعوى أحدهما سمراء والآخر محمولة كاختلاف في الجودة أو الجنس نقلا المازري مع الصقلي وعبد الحق عن ابن حبيب وفضل.

وفيها: لو اختلفا في كون ثمن الجارية مائة حنطة أو مائة عدسًا وفاتت، فعلى مشتريها قيمتها بعد تحالفهما، وجعلت القيمة كأنها ثمن؛ لأنه لو باعها أو ماتت أو نقصت ضمنها، فله نماؤها، وعليه نقصها يوم قبضها.

الصقلي عن الشَّيخ: يريد بيوم قبضها: يوم ابتياعها؛ لأنه بيع صحيح.

وقال ابن شبلون: قيمة ما اختلفا فيه في النوع يوم القبض والصواب الأول.

وقال ابن عبد الرحمن: إنما قال يوم القبض؛ لأنها تفتقر للمواضعة، ولو كانت في أول دمها كان يوم القبض يوم العقد.

المازري: بقول الشَّيخ: قال ابن عبد الرحمن، وناظره ابن الكاتب في مجلس القابسي في المسألة وهما بناء على اعتبار قوة شبه البيع المختلف فيه بالبيع الصحيح لصحة تمسك أحدهما به لو رضي أو بالبيع الفاسد لعدم تقرر الملك للمبتاع بنفس العقد.

قُلتُ: الأول أظهر من حيث قياسه على رواية علي في بيع المرابحة، والثاني أظهر من حيث اعتبار لفظها، والقياس على رواية ابن القاسم في المرابحة، وزاد ابن محرز على نقل المازري أنه لو أصيبت بعد التحالف بيد المشتري لضمنها، وينظر هل يضمن جميعها أو قدر ما أصيب منها.

وقال ابن عبدوس: إن قطعت يد العبد قبل قبضه المشتري ضمن يده فقط.

قُلتُ: قوله ينظر مشكل بأن كل من ضمن جزءًا غير معين من كل فهو ضامن جميعه ضرورة والضروري لا ينظر فيه إلا أن يريد هل ذهاب ذلك الجزء يوجب إلزامه ما بقي أولا؟ وهذا يشكل بما حكى فيه قول ابن عبدوس فتأمله، وحق المازري أنه كما نقل الواضح من كلامه إن نقل ما سواه وإن اختلفا في قدر الثمن والمبيع بيد بائعه تحالفا، المازري وغيره: اتفاقًا، وذكره ابن حارث مقيدًا له بقوله: وادعى كل منهما من الثمن ما يشبه، قال: وقلت: هذا القيد لما ذكر عياش بن عيسى عن موسى بن عبد

الرحمن القطان، قال: قال لي محمد بن سَحنون يومًا: ما تقول في اختلاف المتبايعين؟

قُلتُ: يتحالفان ويتفاسخان، قال لي بقي عليك.

قُلتُ: فما الجواب؟ فأبى أن يخبرني فنظرت فيها بعد موته فأصبتها لابن الماجِشُون إنهما يتحالفان ويتفاسخان إن أشبه قول كل منهما، وإن أشبه قول أحدهما فقط فالقول قوله، فعلمت ما أراد ابن سَحنون بقوله: بقي عليك ولو قبضها المبتاع فطريقان:

الباجي: في حلفهما ولو فاتت أو ما لم يفترقا فيقبل قوله، ثالثها: ما لم تفت بحوالة سوق فأكثر لروايات أشهب وابن وَهْب وابن القاسم راويا ثلاثتها قال: ورواية ابن القاسم ولو نقدا الثمن ويجب أن يكون اعتبار قبض الثمن قولًا آخر.

قُلتُ: فيكون رابعًا، وقيل: قول محمد: ولم يختلف قول مالك في حلفهما بعد قبض السلعة، إن لم يفترقا، وذكر ابن حارث رواية ابن وَهْب بمجرد القبض لا بقيد افتراق وقال عن سَحنون رواية ابن وَهْب: هي قول مالك الأول عليها اجتمع الرواة وأخذ ابن القاسم بقوله الآخر.

ابن عبدوس: بقول ابن وَهْب أخذ سَحنون.

المازري: إن شئت قلت: فيها خمسة: التحالف ما لم يقبضها المشتري فيصدق، والتحالف ما لم يبن بها وهي روايتها في كتاب المكاتب، ورواية ابن القاسم وبها أخذ، ورواية أشهب وبها أخذ وبها أفتى كشيخي، والحلف ما لم ينفرد أحدهما بشبه.

قلت اختيار المازري عبر عنه ابن بشير مرة بقوله: التحالف مطلقًا هو رأي من لقيناه من الأشياخ وأشياخهم ومرة بقوله: بقول أشهب كان يفتي من أدركناه من محققي الأشياخ.

المازري: وقال بعضهم: الحاصل ثلاث روايات فذكر ما تقدم للباجي، وقال: وغيره يشير إلى أنها أربع روايات، وأن ابن وَهْب روى إذا قبضها المشتري صدق، وذكر ابن بشير خمسة أقوال: أولها: القول قول المشتري بوجود العقد قال: هذا يحكيه بعض المتأخرين عن كتاب ابن حبيب ولم يوجد فيه.

قُلتُ: ففي حلفهما مطلقًا وقبول قول المشتري مطلقًا أو بقبضه أو مع افتراقهما، خامسها: بقبضه مع قبض ثمنه، وسادسها: بقبضه مع فوته بحوالة سوق فأكثر،

وسابعها: التحالف ما لم يشبه قول أحدهما فيصدق ولو قبل قبض المبيع، وثامنها: هذا بشرط المبيع لأشهب، ونقل ابن بشير عن بعضهم في الواضحة، وغير الباجي عن رواية ابن وَهْب، والباجي عن روايته مع المازري عن رواية كتاب المكاتب والباجي عن بعضهم ورواية ابن القاسم وابن حارث عن ابن الماجِشُون وعياض في الرواحل عن ابن وَهْب، وابن حبيب، واللخمي لأحد قولي مالك، واختاره، وعزاه الباجي أيضًا لمُطَرِّف وأَصْبَغ، وأشهب، قال: والقولان موجودان في المَدَوَّنة، وساق مسألة اختلاف ابن القاسم، وغيره في المَدَوَّنة في قوله اكتريت بمائة وقول المكري بمائتين.

ابن زرقون: والتي في أول اختلاف المتكارين من المَدَوَّنة أبين في الاختلاف، ثم ذكر المازري النزاع في قدر الثمن بعد قبضه البائع عند وجوب رده لفسخ البيع بفساده أو يحلف لاختلاف فيه أو لإقالة والقول في الجميع قول البائع لغرمه.

الباجي: لو حال سوق السلعة وهي بيد البائع وقبض الثمن قبل قوله مع يمينه، ولو قبض بعضه لزمه من السلعة بقدر ما قبض فقط بعد حلفه ويحلف المبتاع وإلا لزمته بقية السلعة وغرم تمام الثمن على ما حلف البائع إن لم يكن في الشركة ضرر، فإن كان فيها ضرر كالعبد تحالفا وتفاسخا ولو طال ذلك، قاله محمد عن ابن القاسم، وروى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم: لو اختلفا في قدر ما ابتاعه منه بدينار طعامًا تحالفا وتفاسخا.

ابن حبيب: وروى مُطَرِّف تحالفا وصدق البائع في قدر ما أقر؛ لأنه باعه، وصدق المبتاع في قدر منابه مما أقر به من الثمن فلو قبض البائع الثمن وهو دينار، ودفع خمسة أرادب واختلفا قبل التفرق فقال المبتاع: إنما ابتعت به ستة أرادب، وقال البائع: بل الخمسة فقط، فسمع يحيي ابن القاسم البائع مصدق مع يمينه لقبضه الدينار.

ابن حبيب: ورواه مُطَرِّف وأنكره يحيي بن عمر كأنه رأى أن يتحالفا ما لم يفترقا ولم يفت، فوجه قول ابن القاسم أن الدينار لما كان لا يتعين كان فوتًا، ولو قبض المبتاع خمسة أرادب ولم يدفع الدينار فروى يحيي بن يحيي تلزمه خمسة أسداس دينار بعد حلفهما.

ابن حبيب: روى مُطَرِّف القول قول المبتاع.

ابن زرقون: إنما في رواية ابن حبيب أن المبتاع قبض كل ما ادعى من الكيل وعلى ما ساقه أبو الوليد يكون راجعًا لمثل رواية يحيي.

وفي الموازيَّة: لو قال: نقدت أكثر من الثمن كان في الزائد مدعيًا.

ابن رُشْد في سماع يحيي: قول ابن القاسم البائع مصدق مع يمينه لقبضه الدينار خلاف قوله فيها؛ لأنه لم ير النقد المقبوض فيها فوتًا إن اختلفا في المثمون ولا قبض السلعة فوتًا في اختلافهما في الثمن بل هو مثل قوله في الرواحل منها، ورواية ابن وَهْب في أن قبض السلعة فوت، فالاختلاف في كون قبض الثمن فوتًا إذا اختلفا في المثمون كالاختلاف في كون قبض السلعة فوتًا إذا اختلفا في الثمن من جعل قبض السلعة فوتًا جعل قبض الدينار فوتًا وهو هذا السماع ومن لم ير قبض السلعة فوتًا حتى تفوت بحوالة سوق لم ير قبض النقد فوتًا إلا أن يغيب عليه البائع، وقيل: إلا أن يطول أمد غيبته عليه أو يحل أجل المثمون المختلف فيه إن كان سلمًا وهو قول ابن القاسم فيها، والقياس لا فرق إن غاب عليه بين الطول وعدمه، وقيل لا يكون قبضه فوتًا ولو طال؛ لأن الدنانير والدراهم لا تراد لعينها، والمكيل والموزون المختلف في ثمنه الغيبة عليه على قول ابن القاسم فوت؛ لأنه لا يعرف بعينه وقوله في هذا السماع إن قبض خمسة أرادب، وادعى السادس ولم ينقد الدينار، حلف على دعواه، وحلف البائع ما باعه إلا خمسة بدينار، فإن حلفا قضاه خمسة أسداس الدينار، وفاسخه في السدس خلاف مشهور مذهبه أن القبض ليس بفوت على أصله في هذا السماع إن النقد المقبوض فوت وإنما يصح هذا الجواب على مشهور مذهبه إن القبض ليس بفوت إن كان غاب على الطعام وإلا تحالفا وتفاسخا، ورد الطعام لبائعه.

قُلتُ: ومثله قول المازري في قول محمد: إن قبض مبتاع طعام صاعًا منه، وقال: ابتعته ثلاثة آصع بدينار وقبض بائعه نصف دينار، وقال: إنما بعته صاعين بدينارين تحالفا ويعطي البائع بربع دينار نصف صاع إنما هذا على الترجيح بالقبض وكون قبض النقد فوتًا، ومن لم يرد ذلك فالحكم عنده التحالف والتفاسخ، وأطال في تقريره وهو واضح.

اللخمي: تغير سوق السلعة محبوسة على ضمانها بائعها لغو.

قُلتُ: يريد وعلى ضمانها مبتاعها كتغيره بعد قبضه إياها، قال: وتغير ذاتها محبوسة على الأول للمبتاع الرد دون حلفه، فإن رضي بالعيب تحالفا، وعلى الثاني إن ناب العيب ربع الثمن ضمنه المبتاع بربع ما أقر به وتحالفا في الباقي، وقاله ابن عبدوس؛ لأن المبيع كالرهن لحبسه فما هلك خرج من الرهن وقبل قول غارمه، والباقي لا يخرج من ملك راهنه بغير ما يقول، وتقدم الخلاف في رعي الشبه في القيام.

المازري: ويعتبر في فوت السلعة اتفاقًا إن فاتت بيد المشتري، وادعى الأشبه صدق وإن لم يدعه إلا البائع صدق فإن ادعيا معًا ما لا يشبه تحالفا وقضي بغرم القيمة.

وفيها: إن فاتت السلعة بيد مبتاعها بحوالة سوق فأعلى صدق في قدر ثمنها إن أتى بما يشبه.

عياض: انظر لو حال سوقه وهي بيد بائعها ما الحكم؟

قُلتُ: ظاهر قول اللخمي.

وقال أيضًا مالك: إن فات المبيع بعد القبض بحوالة سوق كان القول قوله: إنه دون قبضه بخلاف ذلك.

وقال المازري: في كون فوتها بيد البائع كفوتها بيد المشتري أو ليس كذلك؟ فلا يصدق به المشتري، فيتحالفان، قولا ابن القُصَّار وإسماعيل القاضي ابن الحاجب: لا يعتبر الشبه وهي قائمة على المشهور.

قُلتُ: تقدم عزو مقابل المشهور.

قال اللخمي: وهذا إذا أتى الآخر بما لا يشبه وهو ممكن، ولو ادعى عشرة فيما ثمنه مائة أو العكس صدق ذو الشبه مع يمينه وقيل: دون يمين، ولما ذكر ابن شاس القولين في مراعاة الشبه قال: وقال أبو الطاهر: ينبغي إن ادعى أحدهما الأشبه وأبعد الآخر إلى ما لا يشبه أن يتفق على قبول قول مدعي الأشبه وإن ادعى الآخر ما هو ممكن أن يتغابن الناس بمثله ألغي الأشبه.

قُلتُ: وغفلا أو أعرضا عن قول ابن محرز لا يعتبر الأشبه، ألا ترى أنه إذا قال أحدهما: المبيع بعشرة، وقال الآخر: بمائة والأشبه عند الناس في ثمنها عشرة؛ لكان الحكم عند أهل المذهب التحالف والتفاسخ بكل حال.

قال ابن الحاجب: وفي الفوت بحوالة الأسواق قولان.

قُلتُ: القول بأنها فوت هو نصها، ومقابله لم يعزه شارحاه ولم أجده نصًّا، ولا ظاهرًا إلا ما وجدته لابن العربي في عارضته.

قال ما نصه: القول الثالث أنهما يتحالفان ما لم تفت السلعة، فإن فاتت بنقص أو زيادة في وصف أو أصل وطول زمان في العقار.

قال ابن القاسم عن مالك: فالقول قول المشتري.

قُلتُ: فظاهر قوله بنقص أو زيادة أن مجرد حوالة الأسواق ليست فوتًا.

وفي كون المبدأ باليمين البائع أو المبتاع، ثالثها: يخير الحاكم، ورابعها: يقرع بينهما للمازري عنها وعن العتبيَّة مع قولها في تضمين الصناع: إذا تجاهل الورثة الثمن يبدأ ورثة المبتاع، وعن بعض أشياخه وغيره منهم وهو قول اللخمي.

قُلتُ: ما في العتبيَّة هو سماع يحيي ابن القاسم فيمن اشترى طعامًا بدينار قبضه منه بائعه وقبض هو خمسة آصع، وقال قبل افتراقهما: إنما اشتريت بالدينار ستة آصع، وبقي لي صاع، وقال البائع إنما بعتك خمسة آصع بدينار وقد وصلت إليك، فالقول قول البائع مع يمينه لقبضه الدينار فإن لم يقبض واحد منهما شيئًا تحالفًا.

قُلتُ: فأيهما يبدأ باليمين؟ قال: يحلف المشتري ما اشترى منه إلا ستة آصع بدينار، ثم يحلف البائع ما باعه إلا خمسة آصع بدينار ويخير المشتري في أخذ الخمسة بدينار.

ابن رُشْد: إن لم يقبض واحد منهما شيئًا تحالفا وتفاسخا اتفاقًا، والاختيار تبدئة المشتري على هذا السماع؛ لأنه بائع للدينار، يقول: لم أبع ديناري إلا بستة، ولو اختلفا في ثمن الخمسة الآصع؟ فقال البائع: بعتها بدينار، وقال المشتري: اشتريتها بخمسة أسداس دينار لكان الاختيار تبدئة البائع. كما لو اختلفا في ثمن السلعة قال البائع: بعتها بستة أرادب أو دينار، وقال المبتاع: بل ابتعتها بخمسة أرادب أو دنانير الاختيار تبدئة البائع وأيهما بدئ في هذه المسألة فذلك جائز؛ لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه بأيهما بدئ جاز، وكان مضى لنا عند من أدركنا من الشُيُوخ في هذه المسألة أن تبدئة المشتري فيها باليمين خلاف الاختيار، والصحيح ما قلناه.

ولما ذكر ابن عبد السلام قولها في تضمين الصناع إذا تجاهل ورثة المتبايعين الثمن

حلف ورثة المبتاع ما يعلمون الثمن ثم ورثة البائع قال: إن قلت: لم خالف بين المتبايعين وورثتهما في التبدئة.

قُلتُ: لم يخالف بينهما وإنما بدأ ورثة المشتري في تجاهل الثمن؛ لأنه عند أهل المذهب فوت وكذا لو تجاهله المتبايعان.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم للمازري إن قولها في تضمين الصناع مثل ما في العتبيَّة، وقول المازري بعيد لتصريح مالك في تضمين الصناع بتبدئة البائع، وذكره إثره تبدئة ورثة المشتري يدل على عدم مناقضتها إياه؛ بل تبدئتهم لمعنى اختص بصورتهم وتقريره.

ابن عبد السلام: بأن مجهلة الثمن فوت يرد بأنه لو كان فوتًا لما ردت فيه السلعة وقد قال فيها: إن حلف ورثة المبتاع حلف ورثة البائع وردت السلعة، وقال: هذا بعد أن قال: إن فاتت السلعة بحوالة سوق فأعلى صدق المبتاع مع يمينه، وإنما المعنى الذي لأجله بدئ ورثة المشتري في التجاهل؛ لأنهم هم المدعى عليهم في الثمن باعتبار طلبهم بدفعه، وباعتبار دعوى علمهم به؛ لأن الأصل في دعوى العلم، وعدمه حيث التساوي عدم العلم حسبما قرره الأشياخ مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَـٰتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْـًٔا﴾ [النحل: 78]، وورثة البائع، وإن ساووهم في أصالة عدم العلم لم يساووهم في كونهم مدعى عليهم أن يدفعوا الثمن، وهذا لأن تجاهل الثمن يتفرع عن أمر محتمل راجح الوقوع، وهو ثبوت بيع متفق عليه بين عاقديه وهما المتبايعان؛ لأن الأصل عدم الاختلاف وتقرر بيع متفق عليه يوجب توجه الطلب بثمنه على مبتاعه أو وارثه فثبت اختصاص وارثه كونه مدعى عليه واختلاف المتبايعين أنفسهما غير ملزوم لتقرر بيع متفق عليه فلا موجب لتعين كون المبتاع مدعى عليه.

ابن شاس: على المشهور في تبدئة البائع في كونه واجبًا أو أولى، خلاف من قال أنها من باب الأولى، قال: إن تناكلا فالفسخ كما إذا حلفا، وبه قال ابن القاسم، ومن قال: إنها واجبة أمضى العقد بما قال البائع، وبه قال ابن حبيب.

اللخمي: إن نكلا في اختلافهما في كون المسلم فيه قمحًا أو شعيرًا رد رأس المال، وروى ابن حبيب القول قول البائع كمطلوب رد اليمين فنكل الطالب، وهذا يصح

على قول أبي الفرج القائل يبدأ البائع باليمين ويسلم الشعير، وعلى القول إنما يبدأ باليمين ليسقط دعوى المسلم في القمح، ويحلف الآخر لئلا يؤخذ بقبض الشعير إن نكلا فكل واحد على ما بدأ به وحلف.

قُلتُ: نقله عن أبي الفرج يبدأ البائع باليمين ويسلم الشعير مشكل؛ لأنه يقتضي قبول قوله على خصمه، ونصوص المذهب خلافه، ولو سلم فلا يتصور حينئذ تحالف فلا تناكل، والفرض ثبوته فتأمله وتقرير بسطه أن الذي نقله غير واحد من رواية ابن حبيب؛ إنما هي في نكولهما في التحالف الذي حلف أحدهما فيه لا يثبت دعواه إنما يوجب حلف خصمه لا في نكولهما في الحلف الذي حلف أحدهما فيه يثبت دعواه فإن أراد بالإجراء على قول أبي الفرج التحالف الأول وهو مقتضى قوله بعد هذا حيث تكلم على هذا النوع من التحالف ما نصه تقدم الخلاف، إذا نكلا هل يفسخ أو يكون القول قول من بدأ لزم ما قلناه من أنه يقتضي قبول قول البائع على خصمه ونصوص المذهب خلافه؛ وإن أراد به التحالف الثاني فهذا لا تنفرد به رواية ابن حبيب، ولا تختص بالإجراء على قول أبي الفرج لموافقتها حينئذ أصل المذهب وفروعه فبان أن قوله مشكل ولذا والله أعلم لم ينقله المازري، ولم يتعرض المازري لنقل هذا من كلام اللخمي، ثم قال اللخمي بعد قوله هذا: تقدم الخلاف إن نكلا هل يفسخ أو يكون القول قول البائع؟ والأول أحسن؛ لأن كل يمين بدأ بها حالف فنكل عنها ثم ردت فنكل عنها من ردت عليه فإن الحكم يعود لما يجب إن لو حلف المبدأ، والحكم لو حلف البائع بقاء سلعته بيده لا ثبوت دعواه على المبتاع، ولو كانت تبدئته ليستحق دعواه لم يحلف المشتري بعد يمينه.

المازري: وما حكيناه من رواية ابن حبيب قبول قول البائع، قيل: مراده قبول قوله فيما ادعاه من الثمن دون حلف أو لا يأخذه إلا بعد حلفه الذي يشير إليه أشياخنا أجمعون أنه دون يمين، وقال الباجي: لا بد من يمينه جنوحًا منه إلى ما رددنا به ما حكاه ابن حبيب.

قُلتُ: هو ما رجح به اللخمي القول بالفسخ وبه وجه ابن رُشْد قول الباجي معبرًا عنه ببعض أهل العلم.

قُلتُ: وأطال المازري وذكر ما حاصله أن قول الباجي بناء على أن حلف كل منهما إنما يكون على نفي دعوى خصمه فقط أو على أنه إن زاد فيها صحة دعواه لم يحكم لتلك الزيادة بحكم ما زيدت عليه في إلزام مقتضى حكمها خصمه بناء على اعتبار عدم وجوبها على الحالف، وكونه متطوعًا بها قال: وأقوال أهل المذهب تقتضي أن حكم الزيادة حكم ما زيدت عليه حرصًا على تقليل الأيمان.

قُلتُ: وهو ظاهر ألفاظ المدَوَّنة في صفة أيمانهما.

وفيها: اختلاف اللخمي: اختلف هل يحلف كل منهما على إثبات دعواه أو على تكذيب دعوى صاحبه؟ وأرى أن كلا منهما مخير في ذلك إن حلف البائع أنه لم يبع إلا بمائة استحقها بنكول المشتري دون حلفه ثانية، وإن حلف أنه لم يبع بخمسين فإن نكل المشتري حلف يمينًا أخرى أنه ما باع بمائة واستحقها، وكذا المشتري.

وفرق المازري بين قبول حلفه على الزيادة رجاء نكول خصمه قبل وجوبها وبين عدم قبول حلف مدع على دعواه قبل نكول المدعى عليه، بأن البائع استوجب الحلف من حيث كونه مدعى عليه، فانسحب حكم اعتداده بحلفه على الزيادة فاعتد بها حرصًا على تقليل الحلف والمدعي لم يجب له شيء فينسحب.

قُلتُ: وهذا المعنى ساقط في الزيادة في حلف الثاني بعد حلف الأول واجب بذاته فيها بعد نكول الأول حسبما قاله ابن رُشْد في المقدمات في كتاب الأكرية.

قال المازري: ما ذكره اللخمي من الحلف هل يحلف على النفي أو عليه مع الإثبات لا أحفظ نص أحدٍ من أصحابنا عليه، وعند الشافعيَّة فيه خلاف.

قال: وحلفه على الزيادة للوجه الذي قررناه هو كقول أهل المذهب في حلف المرتهن على كل ما ادعاه من من قدر دينه الذي الرهن به رهن، وإن كانت قيمة الرهن أقل مما ادعاه المرتهن، وأكثر مما أقر به الراهن لرجاء نكول الراهن عن الحلف على نفي الزائد على قيمة الرهن.

قُلتُ: فيلزم مثله فيمن ادعى على رجل قدرًا من الدين أقام شاهدًا ببعضه واقتصار ابن رُشْد في المقدمات في صفة حلف البائع على أنه مخير في حلفه على الزيادة قال بخلاف حلف المبتاع بعد البيع ويعضد قول المازري فيما نقله اللخمي لا أحفظه.

قُلتُ: والإنصاف أن القول الذي قال: لا أحفظه هو نصها في كتاب الخيار، منها ما نصه قيل للبائع إما أن تصدق المشتري وإلا فاحلف لي ما بعت سلعتك إلا بما قلت، فإن حلف قيل للمبتاع: إما أن تأخذها بما قال البائع، وإلا فاحلف ما اشتريت إلا بما قلت، وتبرأ ومثله في تضمين الصناع، وعلى لفظ المدَوَّنة بنى ابن فتحون والمتيطي حلفهما قالا ما نصه: يتحالفان، يحلف البائع أولًا ثم يخير المبتاع في أن يأخذ السلعة بما حلف عليه البائع أو يحلف على ما قال فيفسخ البيع وقولها بخير المبتاع في أن يأخذ السلعة بما حلف عليه البائع نص في أنه يحلف على الجزأين، وكذا في قولهما في المبتاع يحلف على ما قال وعدم ذكر المازري وابن رُشْد ما ذكرناه على المدَوَّنة غريب ولا سيما ابن رُشْد مع كثرة ذكره مسائلها.

فإن قلت: علة عدم ذكرهما ما فيها لوضوح ضعفه بما قرراه من أن يمين المدعى عليه إنما تطلب منه على نفي الدعوى فقط ووضوح ذلك يوجب حملها على غير ظاهرها وتفسيرها بما قررناه.

قُلتُ: هذا يرد بما نقلناه عن المتيطي وغيره من حملها على ظاهرها ووجهه أن تقول: الحلف على الجزأين العدمي، وهو الراجع لنفي الدعوى والوجودي الراجع لإثبات دعواه مطلوب حسبما دل عليه ظاهرها، وتقريره أن الحلف عليهما معًا موجب لدرء مفسدة محتملة الثبوت وكل موجب لدرء مفسدة محتملة الثبوت مطلوب فالحلف على الجزأين مطلوب بيان الأولى أن الحلف على الجزء العدمي فقط حلف على كذب محتمل، وكل حلف على كذب محتمل هو ذو مفسدة محتملة الثبوت، فالحلف على الجزء العدمي فقط ذو مفسدة محتملة الثبوت بيان الأولى أن الحلف على الجزء العدمي فقط أخص من الحلف على نفي مطلق البيع ونفي الأخص، وإن لم يستلزم نفي الأعم فنفيه معه محتمل، فحلفه على بيع البيع الأخص فقط محتمل لحلفه على نفي مطلق البيع ونفي مطلق البيع كذب، فالحلف على الجزء العدمي فقط حلف على كذب محتمل لحلفه على نفي مطلق البيع، ونفي مطلق البيع وصدق كبرى هذه وهي قولنا، وكل حلف على كذب محتمل هو ذو مفسدة محتملة، واضح فصدق أن الحلف على الجزء العدمي فقط درء مفسدة محتملة ثم يقول بيان صدق صغرى القياس الأول وهي قولنا: الحلف على

الجزأين يوجب درء مفسدة محتملة الثبوت أنه إذا حلف ما باع إلا بكذا انتفى احتمال حلفه على نفي مطلق البيع الموجب لاحتمال الكذب قطعًا فكان درءًا للمفسدة المذكورة وبيان صدق كبراها، وهي قولنا: وكل موجب لدرء مفسدة محتملة الثبوت مطلوب واضح، فلزم حينئذ صدق الدعوى وهي قولنا: الحلف على الجزأين مطلوب وبه يتضح وجه الحلف على الزيادة المذكورة في حلف المبتاع بعد حلف البائع على ظاهر المَدَوَّنة، وقول المتيطي وابن فتحون خلاف قول ابن رُشْد وقول ابن الحاجب ويحلف على نفي دعوى خصمه وقيل مع تحقيق دعواه، ونحوه لابن شاس اتباع لنقل اللخمي إلا أن فيه نقل قول المَدَوَّنة مهملًا مؤخرًا.

في تقرير الفسخ بحلفهما طريقان: ابن رُشْد: في كونه بتمام حلفهما أو لا؟ ثالثها: إن كان بحكم وإلا لم يقع بتراضيهما بعد حلفهما، ورابعها: إن كان بحكم لم يقع إلا بحكم، وإن كان دون حكم وقع بتمام حلفهما عكس الثالث لسَحنون مع ظاهر شفعتها وابن القاسم في ثاني سلمها.

قُلتُ: لم يعز الباقين إلا لمتأخري أصحابه، وعزا عبد الحق الأخير لبعض القرويين قال: وخالفه غيره، وظاهر تفسير ابن رُشْد الثالث أن المقابل للفسخ بتمام حلفهما قصر كونه بتراضيهما لقوله: إلا بتراضيهما، وظاهر تفسيره الرابع قصر كونه بحكم لظاهر قوله فيه عكس الثالث، وحمل القصرين على ظاهرهما تناقض إلا أن يريد بقوله: عكس الثالث في اعتبار الحكم، ولغوه مطلقًا، وبكون المقابل للفسخ بتمام الحلف في الثالث التراضي، وفي الرابع الحكم، وفي هذه المسألة نظر نقلًا وتوجيهًا، والآخر أن يريد بمقابل الفسخ بتمام التحالف أحد الأمرين التراضي أو الحكم.

المازري: في وقوعه بتمام حلفهما أو بالحكم قول سَحنون وابن القاسم، وثالثها: نقل بعض أشياخي وقوعه بتراضيهما.

قُلتُ: عزاه اللخمي لابن عبد الحَكم قال: وهو أحسن، فعلى جعل المازري التراضي مغايرًا للقول بالحكم، الأقوال الخمسة:

ابن رُشْد: على عدم الفسخ بتمام التحالف.

اختلاف فيها للمبتاع الأخذ بما قال البائع فظاهره ليس للبائع أن يلزم المبتاع البيع بما قال.

ولابن عبد الحَكَم :للبائع أن يلزم المبتاع البيع بما قال، فظاهره ليس للمبتاع أن يلزم البائع البيع بما قال.

وقيل: هما سواء تكلم كل منهما بمنطوق مفهومه مسكوت عنه غير محكوم فيه بالنقيض.

هذا قول ابن زرقون وإنما يصح إن كان اختلافهما في القلة والكثرة أو في غاية المسافة في الكراء وإن كان في الأنواع أو في جملة المسافة فلا يصح أن يحمل إلا على أنه اختلاف من القول.

قُلتُ: فيما ذكره من عدم الصحة نظر؛ لأن لزوم إلزام أحدهما البيع بما قال في القلة والكثرة إنما هو بأخذه بعين دعواه لا بتفضل الملزم عليه بالزائدة على دعوى الملزم وإلا افتقر لقبول الملزم، وإذا كان إلزامه ذلك لأخذه بدعواه فلا فرق بين كونها في قلة أو كثرة ولا بين كونها في وقوع آخر، ولا سيما على القول بأن الفسخ إنما هو في الظاهر فقط حسبما يأتي فتأمله، وإن كان من لقيناه من الشُيُوخ يتلقى كلامه عند نقلنا إياه بالقبول.

المازري: في كون الفسخ ثابتًا في الباطن كالظاهر خلاف، ولبعض الشافعية ثالثها: إن كان البائع مظلومًا؛ لأنه وهو ظالم غاصب المبيع، وفائدة الحلية صحة تصرف البائع بالوطء والعتق وغيره وعلى كونه في الظاهر فقط لا تصرف له فيه، وحقه في عوضه على مشتريه والمبيع له لا يمكن من أخذه في دينه بل يباع فيه إن قصر ثمنه عنه، فما بقي في ذمة مشتريه وإن فضله رد فضله عليه، وبين أصحاب الشافعي خلاف هل يبيعه لنفسه لتعذر الرفع للحاكم أو يبيعه الحاكم؟ والأشبه بظاهر مذهبنا الرفع للحاكم.

قال ابن عبد السلام: الذي أفهمه من قواعد مذهبنا أنه لا يلزمه ذلك بل له أن يبيع بنفسه.

قُلتُ: الأظهر ما قاله المازري، وقول ابن عبد السلام يرد بنصها مع غيرها يمنع

المرتهن من بيع الرهن بعد حلول أجل دينه وأنه يجب رفعه للإمام ليأمر ببيعه.

المازري: قول بعض متأخري أصحابنا كل ما يؤدي للاختلاف في الثمن كالاختلاف فيه كاختلافهما في رهن أو حميل صحيح.

ابن عبد السلام: وقع في المذهب ما يدل على أن الرهن لا حصة له من الثمن وهذا يعترض به في تشبيه هذه المسألة باختلاف المتبايعين في قلة الثمن وكثرته.

فيها: من أمرته أن يسلم لك في طعام ففعل وأخذ رهنًا أو حميلًا بغير أمرك جاز؛ لأنه زيادة في التوثق وإليك التفطن في الوجه الذي يعترض به على التشبيه.

قُلتُ: وجه التفطن أن مسألة الكتاب تدل على أن الرهن لا حظ له من الثمن ولو كان الاختلاف فيه كالاختلاف في قلة الثمن وكثرته لكان له حظ من الثمن وهو خلاف ما بينا أنه مقتضى قولها، ويرد بأن مقتضى تشبيه اختلافهما في الرهن باختلافهما في قلة الثمن وكثرته، أن الرهن المدعى شرطه في العقد له حظ من الثمن لا مطلق الرهن ولو لم يشترط في العقد. ومسألة الوكيل إنما هي في رهن لم يشترط في العقد بين الوكيل والموكل ولذا لو شرطه عليه في عقد التوكيل كان بتركه متعديًا.

فإن قلت: قد وقع بين الوكيل والمسلم إليه بشرط فلو كان له حظ من الثمن لكان متعديًا؛ لأنه يكون قد ترك بعض ثمن المبيع وهو رأس مال السلم لمكان الرهن.

قُلتُ: الثمن في بيع الوكيل الذي يكون بترك بعضه متعديًا إنما هو ما يبلغ القيمة والزائد عليها لا يكون بعدم تحصيله متعديًا اتفاقًا، ومعنى مسألة الكتاب أن الوكيل أعطى في المسلم فيه ثمن مثله فأقل لا أنه أعطى أكثر من ذلك؛ ولذا قال في المَدَوَّنة: لأنه زيادة توثق، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من قال اشتريت من فلان أنا وفلان هذه السلعة بكذا، وقال البائع: إنما بعتكها وحدك لم يلزمه إلا نصفها بنصف الثمن، ولو قال: اشتريتها كلها، وقال البائع: إنما بعتك أنت وفلان فإن ادعى ذلك فلان أخذه إلا أن يكون للآخر بينة وقاله أَصْبَغ، قال ابن القاسم: فإن لم يدع ذلك فهي لمن ادعاها ولا حجة للبائع؛ لأنه أقر ببيعها كلها، أَصْبَغ: ليس هذا بشيء إنما له نصفها إلا أن يسلمها له البائع، وهذا إغراق عن الصواب.

ابن رُشْد: قوله: لم يلزمه إلا نصفها يريد ويحلف أنه ما ابتاع إلا نصفها إن حلف

كان شاهدًا لفلان بشراء النصف الآخر، وإن نكل عن اليمين فحلف البائع وألزمه كل السلعة لزمه دفع نصفها لمن أقر أنه اشترى معه إن أراد أخذه وإن لم يرد أخذه وأراد هو أن يلزمه إياه لزمته اليمين أنه ما اشتراه معه فإن حلف انفرد الأول بالسلعة، وإن نكل حلف الأول وكانت السلعة بينهما. وقوله في الثانية: فإن لم يدع ذلك فهي لمن ادعاها هو استحسان والقياس قول أَصْبَغ؛ لأن البائع إنما أخذ بالبيع لغيره، واستحسان ابن القاسم في هذه المسألة كاستحسان أشهب في كتاب الخيار، ويلزم في المسألة الأولى على استحسان ابن القاسم في الثانية إذا قال: اشتريت أنا وفلان، وقال البائع: إنما بعتك وحدك، أن يكون لفلان أخذ نصف السلعة فتكون بينهما ولا يكون للبائع حجة؛ لأنه أقر ببيعها كلها بالثمن من هذا، وسمع أبو زيد ابن القاسم من اشترى نصف شقةٍ ولم يسم أولًا، ولا آخرًا، ولم يسم البائع حتى قطع الثوب، وقال: لا أعطيك إلا الأخير، وقال المشتري: لا آخذ إلا الأول حلف البائع ما باع إلا على الأخير وفسخ البيع ورد الثوب مقطوعًا إلا أن تكون سنة التجار إذا قطعوا إنما يبيعون الأول فيحملان على ذلك.

ابن رُشْد: يريد إذا حلف البائع حلف المشتري ما اشترى إلا على الأول.

قُلتُ: انظر قوله: ما اشترى إلا على الأول فجعله يحلف على مجموع نفي دعوى خصمه وإثبات دعواه.

وقد قال في المقدمات: إذا حلف البائع أولا إنما يحلف المشتري بعده على نفي دعوى البائع فقط إذ لا فائدة في حلفه على إثبات دعواه بعد حلف البائع قال: وأيمانهما في هذه المسألة على البتات يحلف البائع أنه أراد الآخر والمشتري أنه أراد الآخر؛ لأنهما اتفقا على أن البيع وقع منهما دون تسمية أول ولا آخر ولو ادعيا التسمية حلف كل منهما على ما سمى لا فرق بين دعواهما التسمية اتفاقهما على الإبهام، إن ادعى كل منهما أنه أراد غير ما أراد صاحبه إلا في صفة الأيمان، ولو اتفقا على الإبهام ولا نيَّة لواحد منهما كانا شريكين يقسم الثوب على القيمة ثم يستهمان عليه.

وقال ابن دحون: هذه مسألة حائلة لا يجوز إن أبهما ولم يسميا؛ لأنه بيع مجهول، كمن باع فدانًا من أرضه ولم يحوزه، وإن ادعى أحدهما أنه سمى جاز، وحلف على ما

ادعى، فإن ادعيا معًا فالقول قول البائع مع يمينه، وإن لم يقطع الشقة وقد أبهما كانا شريكين كمن اشترى نصف أرض ولم يذكر الناحية، وليس قوله بصحيح؛ لأنهما إذا أبهما فليس ببيع مجهول كما قال: إذ لم ينعقد البيع بينهما على جهل؛ لأن كلا منهما ظن أن صاحبه أراد النصف الذي أراده ولم يقع شراء المشتري على أن يأخذ أحد النصفين من غير أن يعلم أيهما هو ولا بيع البائع على ذلك، ولو وقع ذلك كان غررًا مثاله: أن يقول: أشتري أحد الصنفين الأول أو الآخر أيها وقع السهم عليه أو أيهما شئت أن تعطيني.

قُلتُ: قوله: أو أيهما...إلخ ظاهره إنه فاسد اتفاقًا، وفيه نظر؛ بل هو بمنزلة بيع ثوب من ثوبين على أن الخيار للبائع، وتقدم ما فيها من الخلاف، وذكرها في كتاب النكاح منها قال: وقوله إن ادعى أحدهما أنه سمى جاز، وحلف على ذلك مطرد على ما ذهب إليه من فساد البيع إذا أبهما؛ لأن من سمى منهما يكون مدعيًا للصحة، ومن لم يسم مدع للفساد، وقوله: إن ادعيا معًا فالقول قول البائع لا يصح إذ الواجب أن يحلف كل منهما لصاحبه فلا يكون بينهما بيع؛ لأن البائع مدع على المبتاع أنه باع منه النصف الأول، والمبتاع مدع على البائع أنه باع منه النصف الأول منكر أن يكون اشترى منه النصف الآخر فإن حلفا أو نكلا انفسخ بيعهما وإن نكل أحدهما فالقول قول الحالف.

وفي نوازل سَحنون: من سام سلعة وأراد الانقلاب بها فقال: أخذتها بعشرة، وقال البائع: تأخذها بأحد عشر، فقال المشتري: لا أزيدك على عشرة فذهب بها، ثم فاتت ففيها القيمة ما لم تزد على أحد عشر وما لم تنقص عن عشرة فلا يزاد ولا ينقص لرضى البائع بأحد عشر ورضى المبتاع بعشرة.

ابن رُشْد: هذه جيدة خفية المعنى ناقصة الوجوه أبين خفيها وأتمم وجوهها: إنما رجع للقيمة في فوتها لافتراقهما فيما دون اتفاق على ثمن ولزوم القيمة على الوجه المذكور سواء فاتت السلعة بيد المبتاع أو أفاتها هو إذ لم يقل له البائع: لا أنقصك من أحد عشر إنما عرض عليه أن يأخذها بذلك إلا أن يفيتها بحضرة البائع وهو ساكت مثل أن تكون طعامًا فيأكله أو شاة فيذبحها أو ثوبًا فيقطعه أو كراء دار فيسكنها، فلا يلزمه أحد عشر فيها لسكوته على تفويته إياها، وقد سمع قوله: لا أزيدك شيئًا على

عشرة، ولو قال له لا أنقصك من أحد عشر فأخذها المبتاع، وقال: لا أزيدك على عشرة ثم انقلب بها فأفاتها لزمته الأحد عشر إذا فاتها أو سمع قول البائع لا أنقصك من أحد عشر فأخذها المبتاع وقال: لا أزيدك، ولو أفاتها المبتاع بحضرة البائع وهو ساكت للزمه الآخر من قولهما الذي افترقا عليه إن كان الآخر قول البائع لا أنقصك من أحد عشر المبتاع بتفويته، وإن كان قول المبتاع: لا أزيدك على عشرة لزم البائع أخذ العشرة بسكوته، وهذا كله يبينه ما في سماع عيسى من كتاب كراء الدور، وما رواه ابن أبي جعفر عن ابن القاسم في الدمياطية، وفي نوازل سَحنون روى ابن وَهْب: إن اختلفا في نقد الثمن وتأجيله، فإن بان المشتري بالسلعة حلف، وقبل قوله: وإن لم يقبض السلعة فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار يحلف المبتاع ما بعتها إلا بالنقد والمشتري ما اشتريتها بالنقد ويبرآن.

قال سَحنون: خذ مني هذا الأصل، فإنه اختلف فيه قول مالك اختلافًا شديدًا.

ابن رُشْد في اختلافهما في أجل الثمن إن اتفقا على عدده ثمانية أقوال:

الأول: رواية ابن وَهْب هذه يتحالفان ويتفاسخان ما كانت السلعة عند البائع فإن قبضها المبتاع فالقول قوله أقر البائع بأجل أم لا؟ واختاره سَحنون.

الثاني: مثل هذا ما لم يقر البائع بأجل وإلا فالقول قوله ولو قبضها المبتاع.

والثالث: يتحالفان يتفاسخان، ولو قبض المبتاع السلعة ما لم تفت فإن فاتت قبل قول البائع إن لم يقر بأجل، والقول قول المبتاع إن تقارا على الأجل واختلفا فيه وهو مشهور قولي ابن القاسم.

والرابع: قول ابن عبد الحَكم وأَصْبَغ، وابن الماجِشُون: يتحالفان ويتفاسخان ولو قبضت السلعة ما لم تفت فإن فاتت فالقول قول المشتري، وإن لم يقر البائع بأجل.

والخامس: القول قول المشتري إن ادعى من الأجل ما يشبه فاتت السلعة أو لا، روي عن ابن القاسم.

والسادس: إن لم يقر البائع بأجل قبل قوله ما لم يدفع فإن دفعها فالقول قول المبتاع.

والسابع: إن لم يقر البائع بأجل فالقول قوله وإن دفع السلعة ما لم تفت وإن فاتت

فالقول قول المشتري روي عن ابن القاسم وهو قول العراقيين.

والثامن: القول قول البائع إن لم يقر بأجل فاتت السلعة أم لا؟ وإن أقر به فالقول قول المشتري فاتت السلعة أم لا؟ وهي رواية مُطَرِّف.

المازري: إن اتفقا على مدة الأجل واختلفا في انقضائه فالقول قول منكره؛ لأنه اختلاف في زمن العقد، وإن اختلفا في قدره مع اتفاقهما على ثبوته في العقد جرت فيه أقوال: اختلافهما في قدر الثمن.

عياض في تضمين الصناع: قوله في آخرها بلغني عن مالك اختلافهما في الأجل في فوت السلعة كاختلافهما في الثمن صحت لأحمد وابن باز لا ليحيي.

المازري: وإن ادعى البائع عقده على الحلول، وقال المشتري: إلى شهر ففي تضمير الصناع منها: إن لم تفت السلعة تحالفا وإن فاتت صدق البائع، وفي رواية غير يحيي يصدق المشتري في الفوت، وفي الوكالات والرهن منها يصدق المشتري في الفوت إن ادعى أمرًا قريبًا لا يتهم فيه وكذا قال ابن القاسم في الرهن يقبل قول البائع. وتقدم الخلاف في رعي الأشبه في القيام.

قُلتُ: ونحوه قول اللخمي إنما الخلاف إن فاتت السلعة وإلا تحالفا وتفاسخا إذ لا يراعى الشبه في القيام على المشهور.

ابن شاس: إن اختلفا في تأجيله فالأصل أنه كاختلافهما في قدره إلا أنه إن ثبت في مبيع عرف رجع إليه فيه؛ ولذا قال بعض المتأخرين اختلاف الأصحاب في ذلك هو على شهادة بعادة، وقيل: القول قول البائع، وهذا على أن العادة التعجيل، وقيل: هذا في دعوى بعيد الأجل، وفي القريب يتحالفان كالاختلاف في قدر الثمن.

قُلتُ: هذا اختصار كلام ابن بشير.

قال: وفي قول: يتحالفان ما لم تفت وهذا هو الأصل، فإن أقر البائع بالأجل وادعى قربه وادعى المشتري بعده جرى على الاختلاف في الثمن إلا على رأي من يرى أنه مقر مدع فيكون القول قول المشتري، وفي المذهب فيه قولان

وفيها في كتاب الوكالات: إن ادعى البائع نقده والمبتاع تأجيله صدق إن ادعى أجلا يقرب لا يتهم فيه، وإلا صدق البائع إلا أن يكون لما تباع إليه السلعة أمر معروف

فالقول قول مدعيه. وفي تضمين الصناع: إن ادعى البائع حلوله أو إلى شهر وقال المبتاع: إلى شهرين، فإن لم تفت حلفا وردت، وإن فاتت بيد المبتاع بحوالة سوق فأعلى صدق البائع في حلوله لا في قصر أجله.

وفي الرهون: قال مالك: إن فاتت وادعى البائع حلوله والمبتاع أجلًا قريبًا صدق، وإن ادعى بعيدا لم يصدق.

ابن القاسم: لا يصدق في الأجل ويعجل ما أقر به إلا أن يقر بأكثر من دعوى البائع فلا يأخذ إلا ما ادعى.

وفي ثاني سلمها: إن ادعى المبتاع أجلًا، والبائع أجلًا دونه صدق المبتاع إلا أن يأتي بما لا يشبه فيصدق البائع.

وفيها: إن اختلفا في دفع الثمن في الربع والحيوان والعروض وقد بان المبتاع بالمبيع صدق البائع بيمينه، إلا فيما يباع على النقد كالصرف، وما بيع في الأسواق من اللحم والفاكهة، والخضر والحنطة والزبيب ونحوه وانقلب به المبتاع، صدق بيمينه، وسمع القرينان: من أكتال رطبًا ابتاعه فطلبه بائعه بثمنه فقال: دفعته لك صدق البائع بيمينه؛ لأنه لم يفارقه، وكذا من ابتاع طعامًا فاكتاله في وعائه ولم يتزايلا فالقول قول بائعه بيمينه.

ابن رُشْد: لم يبين متى ادعى مبتاع الرطب دفع ثمنه فإن ادعى بعد قبضه الرطب فالقول قول بائعه اتفاقًا، ولو ادعى دفعه قبله ففي قبول قوله أو بائعه، ثالثها: فيما الشأن قبض ثمنه قبل قبض مثمونه لرواية ابن القاسم في كتاب الميديان، وظاهر هذا السماع ومحمد عن ابن القاسم وهذا فيما يتبايع بالنقد شبه الصرف كيسير الحنطة والزيت والسوط، والشراك، والنعل، وأما كثير الطعام والبز، والعروض، والرقيق والدور، فالقول قول البائع إلى ما يجوز التبايع إلى مثله عند ابن القاسم وليحيي عنه في العشرة، أن القول قول المبتاع في ثمن الطعام ولو كثر إن بان به عن بائعه، وقال يحيي وأَصْبَغ وغيره: كثير الطعام كالبز والعروض.

ولابن حبيب: أما الرقيق والدواب الرباع وشبه ذلك مما لا أصل فيه ألا يبيعه على الدين ولا على التقاضي فالقول فيه قول البائع أنه لم يقبض ولو تفرقا ما لم تمض له السنة

والسنتان فيقبل قول المبتاع، وأما البز والتجارات وما يباع على التقاضي والآجال فالقول قول البائع، ولو تفرقا ما لم تمض؛ لذلك مثل العشرة أعوام ونحوها فيقبل قول المشتري.

ابن محرز: إن اختلفا في ثمن ما يباع على النقد بعد قبضه قبل الانقلاب به فقد اختلف فيه، فروى أشهب القول قول البائع، وروى ابن القاسم: قول المبتاع.

قال ابن القاسم: هذا إن كانت العادة أخذ ثمنه قبل قبضه أو معه معًا.

ابن محرز: فقد نبه ابن القاسم على المعنى المعتمد عليه وهو العادة من ادعاها قبل قوله بيمينه في كل مبيع.

قُلتُ: مقتضى تعليل ابن القاسم روايته أنها وفاق لرواية أشهب خلاف قول ابن محرز اختلف فيه، وإطلاق قوله خلاف قول ابن رُشْد: إن ادعى دفعه بعد قبضه الرطب قبل قول بائعه اتفاقا وما عزاه لابن القاسم في العشرة.

قال الصقلي: رواه عنه ابن أبي زَمَنَيْن وأنكره يحيي بن عمر، وقال: هو كالسلع وما عزاه لابن حبيب عزاه الصقلي له عن قول الأخوين وروايتهما قال وسوى ابن القاسم بين البز وغيره إلا الزيت والحنطة ونحوه فجعل القول قول البائع ولو بعد عشر سنين ما لم يجاوز حد ما يجوز البيع إليه ولما ذكر اللخمي قول مالك في الحيوان والثياب قال يريد ما لم يقم دليل أن المشتري لم يسلم له المبيع إلا بعد دفع الثمن ككونه بدويًا أو غريبًا لا يعرف أو فقيرًا أو من لا يؤمن إليه، وهذا يعرف عند النزول.

ابن عبد السلام: ينبغي إن جرت عادة بمثل ما يباع من البقل واللحم في غيرهما من المبيعات كالثياب أن يحكم بها فيها ولا تبعد شهادة الروايات بذلك لمن تتبعها.

قُلتُ: هو ظاهر قولها إلا فيما يباع على النقد، ومتقدم نقل ابن محرز عن ابن القاسم قال: وذكر بعض المذاكرين ممن ولي القضاء عندنا وفي غير بلد عن بعض القضاة الجمود على ظاهر الروايات المشهورة المخالفة؛ لهذا الأصل وإنه حضر حكم بعض القضاة بين رجل بدوي وتاجر رهد أن طلب البدوي بثمن ثياب ابتاعها منه منذ مدة قريبة لم يدفع إليه ثمنها، وقال البدوي: ما فارقته حتى دفعته إليه فحكم للبائع بحلفه، وقبول قوله، قال: فأنكرت عليه ذلك وقلت: العادة جارية في مثل هذا أن البدوي لا

يبين بالسلعة من حانوت التاجر إلا بعد دفع الثمن فأحرى إن مضى لذلك يوم فلم يرجع إلي.

ابن عبد السلام: وإنكاره صحيح والعادة عندنا بتونس مطردة بذلك.

قُلتُ: لعل القاضي لم تثبت عنده العادة بذلك وعدم رجوعه للمنكر بمجرد قوله صواب، لكن ينبغي أن يسأل غيره ممن يقبل قوله فإن ثبت ذلك ببينة صح قول المنكر، وإلا فلا. وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من طلب ثمن سلعة فقال: لم أقبضها وادعى البائع أنه قبضها إن كان أشهد بالثمن فقد قبضها، وغرم ثمنها أَصْبَغ ويحلف البائع إن كان بحرارة البيع والإشهاد؛ لأن هذا من أعمال الناس وإن كف حتى حل الأجل وشبهه فلا يمين على البائع.

قُلتُ: مفهومه إن لم يكن أشهد فالقول قوله، وهو نقل المازري عن المذهب.

ابن رُشْد: وقيل إن حل الأجل صدق البائع بيمينه في دفع السلعة، وإن كان بالقرب صدق المشتري بيمينه، ولو كان أشهد على نفسه بالثمن وكذا لو باعها بالنقد وأشهد عليه المبتاع بدفع الثمن ثم قام يطلب السلعة بالقرب الذي يتأخر فيه القبض وتستعجل فيه الأيام والجمعة ونحو ذلك فالقول قول المشتري وإن بعد كالشهر والشهرين، ونحو ذلك فالقول قول البائع، وهذا القول ظاهر قول ابن القاسم في الدمياطية وهو أظهر؛ لأن البائع مدع في دفع السلعة كالمبتاع في ثمن السلعة فلما كان بالقرب القول قول البائع، إنه ما قبض، وفي البعد القول قول المبتاع مع يمينه لقد دفع وقد مضى حد القرب والبعد والاختلاف فيه في رسم الأقضية من سماع أشهب، وجب أن يكون بالقرب قول المبتاع مع يمينه أنه ما قبض السلعة وإن أشهد على نفسه بالثمن إن كان لأجل أو يدفعه للبائع إن كان نقدًا؛ إذ لا دليل في الإشهاد بالثمن على قبض السلعة؛ إذ قد يشهد له قبل ذلك، وأن يكون في البعد القول قول البائع مع يمينه ولا وجه لسقوط اليمين عنه مع تحقيق دعوى المبتاع عليه ما دفع إليه السلعة.

اللخمي عن ابن عبد الحَكم: إن شهدت بينة على رجل أن لفلان عليه مائة دينار ثمن سلعة اشتراها منه لم يلزمه الثمن حتى يقولا وقبض السلعة، وكذا لو شهد أنه باعه سلعة بكذا لم يقض عليه إذ ليس في شهادتها ما يوجب قبض السلعة.

ابن رُشْد: ولو أشهد المبتاع على نفسه بالثمن وأنه قبض السلعة ثم قام بالقرب يطلبها وقال: إنما أشهدت له طمأنينة له لجرى على اختلاف المتأخرين في دعوى البائع أنه بقي له من الثمن بعد إشهاده بقبضه أو أنه لم يقبض منه شيئًا، وقال: إنما أشهدت طمأنينة له ففي عدم حلف المبتاع مطلقًا أو إن بعد وطال.

ثالثها: إن كان أجنبيًا لا قريبًا للبائع ولا حليفًا له لنقلي ابن الهندي وقول ابن زَرْب.

قُلتُ: ظاهر قوله يجري على اختلاف المتأخرين عدم نص المتقدمين، وفي تهذيب الطالب عن الواضحة: إن أشهد البائع بقبض الثمن. ثم قال إنما أشهدت به ثقة بالمبتاع وطلب يمينه فقال مالك وأصحابه: لا يمين عليه.

ابن حبيب: إلا أن يأتي بما يدل على ما ادعى وتقع عليه تهمة فيحلف.

عبد الحق: وفي الموازيَّة: يحلف مطلقًا، وعندي أن مراعاة من يتهم ومن لا يتهم في وجوب اليمين وسقوطها صواب، ولو اختلفا في البت والخيار، ففي قبول قول ذي البت أو الخيار، ثالثها: يتحالفان ويتفاسخان لها، ولابن رُشْد مع غيره عن أشهب وابن محرز قائلا؛ لأن الشرط يؤثر في الثمن فهو آيل للاختلاف فيه.

المازري: هذا إن أراد مدعي الخيار الرد وإلا فلا اختلاف.

قُلتُ: يتقرر الاختلاف مع إرادة مدعي الخيار البت إن وهب العبد مالًا في أيام الخيار والبائع مدعيه ليكون له المال على أن عقد الخيار يوم بت.

وفيها: إن ادعى أحدهما أنهما لم يضربا للسلم أجلا أو أن رأس ماله تأخر شهرًا بشرط وأكذبه الآخر، فالقول قول مدعي الصحة؛ لأنه ادعى بيع الناس.

الصقلي عن الشَّيخ: انظر قول ابن سَحنون إن قال البائع: بعتك بخمر، وقال المبتاع: بدنانير، تحالفا وتفاسخا، بخلاف دعوى أحدهما الحلال والآخر الحرام.

وقال بعض شُيُوخ القرويين: إن كان الفساد المدعى في العقد كبيع يوم الجمعة أو بيع غرر فالقول قول مدعي الصحة وإن كان يؤدي إلى الاختلاف في الثمن تحالفا وتفاسخا.

قُلتُ: صور عبد الحق كونه بيع غرر بدعوى المشتري أنه لم ير المبيع ولم

يوصف له.

الصقلي: هذا على لغو دعوى الأشبه مع القيام، وعلى اعتباره القول قول مدعي الحلال منهما.

قُلتُ: وعلى ذلك نقل الصقلي وعبد الحق نحى ابن عبد الرحمن إلى أنه إنما يكون القول قول مدعي الصحة إن فاتت السلعة، وإلا تحالفا وتفاسخا وقال: معنى قولها في دعوى أحدهما تأخير رأس المال ودعوى الأخير تعجيله، إنه عند حلول الأجل ولو كان بقرب عقده تحالفا وتفاسخا، وقال بعض شُيُوخ القرويين: القول قول مدعي الصحة فاتت السلعة أم لا؟

الصقلي: هذا على القول برعي الشبه، وفي الموازيَّة إن اختلفا مع ذلك في الثمن تحالفا وتفاسخا.

المازري: ظاهرها القول قول مدعي الصحة مطلقًا، وحملها الأشياخ على ما لا يتضمن اختلافًا في الثمن فنوقضوا بقولها: القول قول مدعي الصحة في الاختلاف في تأخير رأس المال بشرط، وهو يتضمن الاختلاف في الثمن، وأجاب بعضهم بحمله على أنه بعد فوت السلعة، وذهب شيخنا إلى أنه إن غلب في بعض المبيعات التعامل بالفساد صدق مدعيه مستدلًا بقولها: القول قول الزوجة في دعوى الوطء بإرخاء الستر ولو كانت حائضًا أو في نهار رمضان، وكما قيل: في المغارسة إن غلب فيها الفساد فالقول قول مدعيه، وما قاله صحيح على أصل المذهب في القضاء بالعرف.

قُلتُ: في قبوله استدلاله بمسألة الستر نظر؛ لأن نفس إرخاء الستر في رمضان جائز باعتبار ذاته، والعادة الفاسدة محرمة باعتبار ذاتها، ولا يلزم من اعتبار الجائز دليلًا اعتبار المحرم كذلك، ومن القضايا المشهورة في الفقه: المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًّا.

ابن بشير: إن لم يعد اختلافهما إلى الاختلاف في الثمن فالمشهور القول قول مدعي الصحة؛ لأنه الأصل وإن كان الغالب الفساد.

قال سَحنون: القول قول مدعيه واستقرأه أبو محمد عبد الحميد فذكر ما تقدم في دعوى الزوجة الوطء في رمضان. قال: وإن عاد إلى الاختلاف في الثمن فلأهل المذهب طريقان:

إحداهما: أنه كالاختلاف في الثمن.

والأخرى: أن القول قول مدعي الصحة.

عياض: أشار بعضهم إلى أن قولها بناء على رعي الأشبه مع القيام حتى لو كان عرف البلد الفساد كان القول قول مدعيه، قال: وعلى أصله في الكتاب يتحالفان ويتفاسخان، وتأمل قولها ليس فيه ما يؤول إلى الاختلاف في رأس المال فليست معارضة لما في كتاب ابن سَحنون إن قال بعت بخمر، وقال المشتري: بدنانير تحالفا وتفاسخا؛ لأن هذا اختلاف في الثمن وإلى التفريق بين بابين نحى الشَّيخ وغيره من القرويين وحمله بعضهم على الخلاف وإن قولها يحلف مدعي الصحة مطلقًا.

وقال العتبي: إنما يكون القول قول مدعي الصحة ما لم تقم بينة فإن قامت على ظاهر صحيح سقطت اليمين، قال فضل: إلا أن يقول مدعي الحرام تعاملنا في السر على الحرام فإن كان الآخر ممن يتهم بذلك أحلف وإلا فلا.

وفي المقدمات: تحصيلها على أصولهم إن كانت السلعة قائمة ولا يؤول اختلافهما إلى الاختلاف في ثمن ولا مثمون فالقول قول مدعي الصحة، وإن آل إلى الاختلاف في ثمن أو مثمون جرى على الخلاف في مراعاة الأشبه مع القيام، ولأبي زيد عن ابن القاسم القول قول مدعي العرف منهما قال: فإن كان الناس يتعاملون بالحلال والحرام أحلفا وفسخ الأمر بينهما، فلم ير في هذه الرواية لمدعي الحلال مزية وبناها على رعي الشبه مع القيام وإن كانت فائتة واختلافهما لا يؤدي إلى الاختلاف في قدر الثمن أو يؤدي إليه أو إلى الاختلاف في صفته دون نوعه، فالقول قول مدعي الحلال، وإن كان اختلافهما في الأنواع جرى على الخلاف في رعي الأشبه مع القيام.

قُلتُ: قولها: ففي كون القول قول مدعي الصحة أبدا أو إن لم يؤول إلى الاختلاف في قدر الثمن أو نوعه وإن فات المبيع.

رابعها:: إن كانت العرف، وإن كان الفساد فالقول قول مدعيه وإلا تحلفا لظاهرها مع نقله.

عياض: عن بعضهم وتأويلها غير واحد وتخريج بعضهم على لغو الأشبه في القيام ورعية في الفوت مع عبد الحق عن بعض القرويين بقيد دعوى ذي الصحة من الثمن ما

يشبه، وأبي زيد عن ابن القاسم.

ابن رُشْد: وعلى لغو اعتبار الصحة يتحالفان ويتفاسخان كذا أتت الرواية وينبغي أن يكون القول قول مدعي الفساد بائعًا كان أو مبتاعًا إن حلف انفسخ البيع ولا معنى ليمين الآخر؛ لأن البيع يفسخ حلف أم لا؟ إن حلف مدعي الفساد، فإن قال مدعي الصحة وثبت البيع، وإذا وجب التحالف ففي تبدئة البائع مطلقًا كالتحالف في قلة الثمن ولزوم تبدئة مدعي الفساد لزوميتها دائمًا وحدة الحلف أو مدعي الصحة للزوميتها بعض الأحيان، وهو إن نكل غرم مطلق الحلف ثلاثة للمازري عن أخذ بعضهم بظاهر قول محمد، وعن التونسي وغيره من المتأخرين.

قُلتُ: الثاني أخذ عبد الحق، وحكاه عن بعض شُيُوخه القرويين، وجعل ابن عبد السلام ثالث القولين الأول والأخير تبدئة البائع إن ادعى الفساد فإن نكل حلف المشتري وتعقبه بعدم فائدة حلفه وإن ادعى الصحة بدأ المشتري وإن حلف فسخ البيع دون حلف البائع، لا أعرفه ولا ظاهر قوله إنه للتونسي إنما نقله ابن رُشْد والمازري وغيرهما كما قلناه.

قال المازري: واحتج قائل الأول بعموم قوله ﷺ: **«إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع»**[1]، فلم يفرق بين كون أحدهما ادعى مع ذلك صحة أو فسادًا، وإن اختلفا في قدر المسلم فيه، ورأس ماله عين وأتيا بما يشبه بقرب عقده ففي قبول قول المسلم إليه، ولو بقرب قبضه رأس ماله أو حتى يبين به، ثالثها: يتحالفان ويتفاسخان لظاهرها مع الصقلي عن ظاهر قول ابن حبيب واللخمي عن غير ابن القاسم في رواحلها، ونقله عن غيره والصقلي عن محمد مع نقله عن أشهب، وبعد طوله في قبول قوله وتحالفهما ليفسخ، ثالثها: يقضى بالوسط لظاهرها مع الصقلي عن ابن حبيب، ونقل اللخمي مع الصقلي عن أشهب، ونقل اللخمي قائلًا: أرى الحق للمسلم إن قام به في انتفاع المسلم إليه تلك المدة بالنقد لم يمكن من التحالف وإن أسقطه تحالفا وتفاسخا، واختلف في

---

(1) أخرجه الترمذي رقم (1270) في البيوع، باب إذا اختلف البيعان، وأحمد في المسند رقم (4442) و(4443).

هذا الأصل كبائع أسقط عن مبتاع اطلع على عيب قديم أرش ما حدث عنه في المبيع في سقوط حقه في التماسك بالمعيب ليرجع بأرش العيب القديم قولان لها ولعيسى عبد الحق.

قال بعض أصحابنا: إن اختلفا قرب انتقاده تحالفا وتفاسخا وإن اختلفا عند حلول أجله فالقول قول المسلم إليه إن أشبه، فجعل الطول فوتًا في العين وهي لا تختلف أسعارها، فإن قيل: إنما جعله فوتًا؛ لأن أسواق المسلم فيه تختلف بالطول قيل: يلزم ذلك لو كان رأس المال عرضًا ولم تحل أسواقه أن يكون فوتًا.

وفيها: إنه ليس فوتًا وإن أتيا بما لا يشبه قرب عقده، ففي تحالفهما وتفاسخهما وحملهما على الوسط سلم الناس نقلا الصقلي عن محمد، وظاهر قول ابن حبيب وبعد طوله في حملهما على الوسط، وتحالفهما نقلاه عن محمد عن ابن القاسم وعن تخريج بعضهم على قول ابن القاسم في اختلافهما كذلك في موضع القضاء فقبله، ورده المازري وابن محرز بإمكان الوسط في قدر المسلم فيه، ويعذره في مواضعه.

عبد الحق: جعل للمسلم أخذ ما لم يقر البائع ببيعه خلاف قوله في مكري الدابة، إنما اكتريتها لمصر، وقال المكتري: إلى مكة ولم يشبه ما قال المكري وقد انتقد أنهما يتحالفان ويتفساخان من مصر إلى مكة، ويرد قدره من الكراء، فإن قيل: لو فعل هذا في السلم صار ذلك بيعا وسلفًا، قيل قد قالوا: لا يتهم المتبايعان فيما يوجبه الحكم في غير شيء.

وفي الموازيَّة: في الكراء إن كان زمن الحج ركب المكتري لمكة، وإن لم يقر بذلك المكري؛ لأن غالب كراء الناس في الحج إلى مكة.

قُلتُ: إن قيل في إيراده: التفرقة بين الكراء والسلم بأنه يؤدي ذلك في السلم إلى البيع والسلف نظر؛ لأنه كذلك في الكراء قيل: هو كذلك على قول الغير بالمنع في إقالة المكري المكتري بزيادة من المكري للمكتري بعد غيبته على النقد وسيرهما ما له بال لا على قول ابن القاسم.

وفرق اللخمي بين مسألة السلم والكراء: بأنهما اتفقا في السلم على أنها صفقة واحدة في الذمة، بخلاف مسألة الكراء؛ لأن اختلافهما في سلعة معينة فأشبه من قال:

بعتك خمسة أقفزة وأتى بها لا يشبه، وقال الآخر خمسة وهذا العبد، وأتى بها يشبه لكثرته أنه ثمن لهما معًا فلا يقبل قول المشتري على البائع في العبد، وذكر المازري تفريق اللخمي معبرًا عنه ببعض أشياخه، هذا تخيل فيه بعد، وعدد الأقفزة يمكن أن يتصور فيه إنه كسلع مختلفة كما في أجزاء المسافة؛ ولذا أشار بعض أشياخي إلى أنه لا فرق بينهما وفرق غيره من الأشياخ بأنه يؤدي في السلم إلى البيع والسلم وإليه أشار التونسي وذكر أنه ليس بالبين وكيفما كان فهو أبين من القول الذي ذكره بعض أشياخي.

قُلتُ: بل فرق اللخمي أشبه، ورده المازري بقوله: عدد الأقفزة كأجزاء المسافة رد من لا فهم كلام اللخمي.

وبيانه: أن اللخمي فرق بين دعوى البيع في معين ليس من ذوات الأمثال وفي كلي في الذمة من ذوات الأمثال فجعلها في المعين مردودة، ولو أشبهت وفي الكلي في الذمة مقبولة إن أشبهت؛ لأن تعلق الأغراض بالمعين الذي ليس من ذوات الأمثال معتبر بخلاف الكلي في الذمة؛ لأن المبيع المعين إن استحق لم يقض على بائعه ولا مبتاعه بمثله، وإن استهلك لم يقض مثله، والكلي في الذمة إن استحق بعد اقتضائه غرم بائعه مثله وكذا إن استهلك المثلي قضي بمثله فلا تعلق الأغراض بالمعين لم يقض على المكري بالمسافة التي ادعى المكتري شراءها منه وإن أشبهت دعواه لاعتبار تعلق الأغراض بعين ما هو مثلي أو في الذمة قضي على المسلم إليه ببيع القدر الزائد وإن لم يقر ببيعه لشبهة دعوى المسلم.

وفيها: إن كان رأس المال عرضًا واختلفا في قدر الطعام قرب بيعهما أو عند حلول الأجل، فإن لم يتغير سوق الثوب تحالفا وتفاسخا وإن حال؛ فالقول قول المسلم إليه.

عياض: لأن السلعة المعينة لا يراعى فيها إلا الفوت، لا الغيبة عليها.

الصقلي عن القابسي: لو كان رأس المال جارية وأتيا بها لا يشبه لزم المبتاع قيمتها، ولا يحملان على سلم الناس، كما لو كان رأس المال عينًا؛ لأن غالب يبايع الناس بالأثمان.

اللخمي: إن كان رأس المال ثوبًا ولم يحل سوقه تحالفا وتفاسخا ولو حل الأجل؛ لأنه لم ينتفع به إذ لو انتفع به لتغير ولو تغير أو حال سوقه فإن تغير أو حال سوقه

فالقول قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه وإن أتى بما لا يشبه فالقول قول المسلم فإن أتيا بما لا يشبه ردا للوسط مما يشبه أن يسلم فيه وكذا لو اختلفا فيما بيع لأجل وأتيا بما لا يشبه رد لما يشبه أن تباع به لذلك الأجل؛ لأنه بيع صحيح بخلاف الفاسد؛ لأن الفاسد يسقط من الذمة ما تراضيا عليه فيرجع إلى القيمة.

وفيها: إن ادعى المسلم قبضه بالفسطاط، وقال الآخر بالإسكندرية، فالقول قول مدعي موضع التبايع مع يمينه، ولغير واحد عن سَحنون القول قول المسلم إليه وصوب اللخمي الأول إن كانا من بلد واحد وإن كانا حضريًا وبدويًا فالقول قول البدوي، إن ادعى القضاء بقريته؛ لأن مآل اختلافهما في مؤنة نقله فهو مدعى عليه غرمه.

المازري: إن اختلفا بقرب عقدهما تحالفا وتفاسخا كاختلافهما في قدر الأجل، ويجري فيه ما تقدم من الخلاف في أنواع الفوت، ورعي الشبه مع القيام؛ لأن مدعي محل العقد ادعى ما يشبه، فإن وقع الفوت بطول الزمان فذكر القولين.

وتبع ابن عبد السلام المازري في تقييده بالفوت، وإن لم يدع، موضع العقد أحدهما، ففيها القول قول المسلم إليه.

اللخمي: وقال أبو الفرج: تحالفا وتفاسخا، وأرى إن كان معنى اختلافهما لما يتكلف من أجر النقل فالقول قول البائع، وإن اختلفا في ناحيتين ليس الشأن النقل منهما إلى المدينة تحالفا وتفاسخا، وقولها: إن ادعيا معًا ما لا يشبه تحالف، يدل على أنه إن انفرد المسلم بدعوى الشبه قبل قوله **والله تعالى أعلم**.

[كتاب السلم]

السلم: عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعةٍ غير متماثل العوضين[1]، فيخرج شراء الدين وإن ماثل حكمه حكمه لأنه لا يصدق عليه عرفًا،

(1) قال الرَّصاع: قوله: (عقد معاوضة) تقدم للشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يدخل تحت البيع الأعم قوله: (يوجب عمارة ذمة) أخرج به المعاوضة في المعينات قوله: (بغير عين) أخرج به بيعة الأجل قوله: (ولا منفعة) أخرج به الكراء المضمون وما شابهه من المنافع في الذمة قوله: (غير متماثل العوضين) أخرج به السلف.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: فيخرج شراء الدين والكراء المضمون والقرض.

(فإن قلت): أما خروج القرض فقد بيناه قبل وكذلك الشراء المضمون وأما بيع الدين فكيف يخرج من حده.

قُلتُ: كان يمر لنا في بيانه أن الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أخرج ذلك بقوله يوجب عمارة الذمة وكذا وجدته أيضًا مقيدا عن بعض المشايخ فعقد السلف أوجب عمارة ذمة وبيع الدين عقد قرر العمارة، ولم يوجب عمارة ذمة خالية من الدين وكان يمضي لبعضهم إن قال: تمنع أن بيع الدين لم يوجب عمارة ذمة بل أوجب عمارة ذمة لشخص لم تكن ذمة عامرة له؛ بل كانت لغيره ووقع الجواب بأن عقد السلم من خاصيته إيجاب عمارة ذمة مطلقة أي لم تعمر إلا بسبب العقد وهذا إن سلم فإنه إنما عمر ذمة مقيدة فإن الذمة كانت عامرة وفيه بحث.

(فإن قلت): ما موقع زيادة الشَّيخ التي زادها بعد إخراج الدين وهي قوله وإن ماثل حكمه؛ لأنه لا يصدق عليه عرفا والمختلفان يجوز اشتراكهما في حكم واحد..

قُلتُ: موقع هذا جواب عن سؤال كأن قائلا: قال: بيع الدين شارك السلم في حكمه وكل ما شاركه في حكمه فهو سلم فبيع الدين سلم فلا يخرج بل يدخل أما الصغرى فلأن السلم أوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منافع وبيع الدين المبيع فيه كذلك فقد شارك السلم في حكمه وأجاب رَحِمَهُ اللَّهُ بأنه إنما أخرجناه منه لا يصدق على بيع الدين في عرف الشرع أنه سلم والرسم لما غلب إطلاقه شرعا فالحد إنما هو للغالب ثم إذا سلمت المشاركة فلنا القدح في الكبرى بأنها غير مسلمة؛ لأنه لا يلزم من استواء المختلفين في حكم استواؤهما في الحقيقة وهذا جلي.

(فإن قلت): ما هو الحكم الذي اشترك فيه السلم والدين.

قُلتُ: تقررهما في الذمة وأن المقرر قد يكون غير عين ولا منافع ولا يشترى بدين وقد قررناه قبل وإذا كان بيع الدين لا يقال فيه سلم فلا يكون ناقضا لطرد حده بما زاده في حده.

(فإن قلت): ما موقع قوله رَحِمَهُ اللَّهُ: بعد ولا يدخل إتلاف المثلي غير عين ولا هبة غير معين.

قُلتُ: موقع ذلك أنه وهم أن الحد غير مطرد فلا يدخل ما ذكر لأن ذلك ليس بعقد معاوضة وهو جلي

والمختلفان يجوز اشتراكهما في حكم واحد والكراء المضمون والقرض ولا يدخل إتلاف المثلي غير عين ولا هبة غير معين، ويطلب تعجيل أول عوضيه.

وشرطه: عدم طول تأخيره.

ابن حارث: اتفقوا على أنه لا يجوز تأخير رأس ماله المدة الطويلة، أنه يجوز أن

ولذا غير العبارة هنا فتأمله وأورد بعض الطلبة على رسمه إذا رد المقرض غير القرض فيلزم أن يكون سلما وليس كذلك مع أن الرسم يصدق على ذلك وعندي في صحة صدق الرسم نظر لأن الرسم يقتضي أن ثم عوضين غير متماثلين وفي رد عين القرض لا عوض.

(قوله): غير متماثل العوضين عدول فلا بد من وجود عوضين غير متماثلين لا سلب حتى يلزم عليه أنه أعم مما إذا لم يكن عوض أصلا أو عوضان متماثلان وانظر إخراجه القرض بقوله غير متماثل العوضين مع حده للقرض بما يأتي من قوله دفع متمول إلخ.

(فإن قلت): أورد على الحد أسئلة الأول منها ما ذكره تلميذ الشَّيخ رحمه الله سيدي الفقيه الأبي قال قوله متماثل العوضين حافظ فيه على الطرد فأخل بالعكس لأن في المدَوَّنة وسلمك ثوبا في مثله كقرضك ثوبا في مثله المسألة وبيان إيراده أن مثل هذه سماها سلما والزيادة تمنع دخولها فهل هذا صحيح.

قُلتُ: كان يمر لنا في جوابه أن تسمية ذلك سلما مجاز بقرينة تشبيهه بالسلف فهو سلف لا سلم؛ لأن حكم السلف ولازمه وخاصيته موجودة فيه والسؤال الثاني ذكره الذمة وفيه تركيب في الحد وهو مخل بالتعريف وقد اعترض الشَّيخ على كلام ابن الحاجب وغيره في كثير من مواضعه في ذكر التركيب المصطلح عليه عند القوم.

(قُلتُ): وهذا وارد عليه رحمه الله إلا أن يقال: الذمة يذكر حدها بعد بقريب وكثيرا ما وقع للشيخ ذلك وفيه ما فيه ولما ذكر الشَّيخ سيدي الفقيه الأبي رحمه الله أنه يخرج بقوله يوجب عمارة الذمة بيع الدين وقد قدمناه وقال الشَّيخ إنما يخرج بيع الدين لأنه لا يسمى سلما في العرف قال: والصواب ما قلنا: لأن السلم هو المعرف والمعرف لا يخرج به وما ذكره رحمه الله فيه بحث لا يخفى؛ لأن الشَّيخ رضي الله عنه لم يقل خرج ذلك لأجل ما ذكر بل الموجب للخروج ما ذكرناه من أنه ليس فيه إيجاب عمارة ذمة كما قررنا وإنما ذكر الشَّيخ سبب الإتيان بما يخرجه فكأنه قيل له: لأي شيء أخرجته بما ذكرته فأجاب بأن عرف الشرع لا يطلقون عليه سلما والرسم المذكور إنما هو لما غلب فيه الإطلاق الشرعي فتأمل ذلك تجده صوابا لا شك فيه وبحث تلميذه رحمه الله لم يظهر بوجه ونقل الشَّيخ الوانوغي عن بعض الفقهاء أنه قال: حدّ أصحابنا السلم بأنه بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعوض حاضرا وما هو في حكم الحاضر إلى أجل معلوم فتأمل هذا مع رسم الشَّيخ رحمه الله والظاهر أنه لا يصدق إلا على بيع الدين لقوله معلوم في الذمة والسلم ليس هو معلوم في الذمة وإنما هو عقد يوجب عمارة ذمة فتأمل ذلك.

يتأخر اليوم واليومين.

اللخمي: من شرطه تعجيل رأس ماله إن كان مضمونًا، ولا يضر تأخير المعين، واختلف إذا اشترط تأخير المدة اليسيرة كاليومين أو يسير رأس المال المدة البعيدة، هل يصح أو يفسد؟ فأجاز مالك وابن القاسم تأخير جميعه بشرط ثلاثة أيام، وحكى ابن سَحنون وغيره من البغداديين أنه فاسد.

زاد المازري عن عبد الوهاب: يومان لا أكثر.

قُلتُ: ولم يذكر الباجي الثلاثة فاستدركها عليه ابن زرقون من المدَوَّنة وما ذكره من الخلاف مناف لنقل ابن حارث، الاتفاق في اليومين وعزا الصقلي وغيره كون الثلاثة كاليومين لكتاب الخيار قال: قال بعض أصحابنا: على إجازة السلم إلى ثلاثة أيام ونحوها لا يجوز تأخير رأس ماله اليومين؛ لأنه يصير دينًا بدين، ومثله لابن الكاتب وهو بين.

قُلتُ: ذكره الباجي غير معزو كأنه المذهب قال: ويجب أن يقبض في المجلس أو ما يقرب منه، قال: وتأخيره من غير شرط إن كان عينًا إلى أجل السلم.

قال ابن القاسم مرة: يفسد ثم رجع فقال: لا يفسد إن لم يكن بشرط ربه قال أشهب ولابن وَهْب: إن تعمد أحدهما تأخيره لم يفسد وإن تعمداه فسد؛ يريد: إن فر أحدهما ليفسده لم يفسد على قولنا: الفرار من الأداء في الصرف لا يفسده.

الباجي: وعلى رواية ابن وَهْب قال ابن حبيب: إن كان المسلم هو الممتنع من القضاء خير المسلم إليه في الأخذ ويدفع المسلم فيه، وفي حل الصفقة ورد ما قبض منه وإن كان المسلم إليه هو الممتنع لزمه عند الأجل قبضه، ودفع المسلم فيه وفي التهذيب: إن ادعى أحدهما أنهما لم يضربا لرأس المال أجلا أو أنه تأخر شهرًا بشرط، وأكذبه الآخر، فالقول قول مدعي الصحة.

قال عبد الحق: نقص أبو سعيد من هذه المسألة لأن نصها في الأم قال: الذي عليه السلم: لم أقبض رأس المال إلا بعد شهر أو شهرين أو كان شرطنا ذلك واقتصر أبو سعيد على مسألة الشرط، وترك الأخرى وهي يستفاد منها أن تأخير رأس المال بغير شرط الأمد الطويل كالشهر يفسده، وقال ابن القاسم في الكتاب الثالث إن أخر النقد

حتى حل الأجل كرهته، وأراه من الدين بالدين ولا يجوز هذا وهو رأيي وذكر الصقلي هذا الأخر لابن أبي زَمَنَيْن عن بعض شُيُوخه.

اللخمي: أجازه أشهب في الموازيَّة ولو تأخر الشيء اليسير بشرط وكله فاسد عند ابن القاسم؛ لأنه يرى الاتباع مراعاة في نفسها.

وعلى إجازة مالك في الموازيَّة في الكراء المضمون: إذا تأخر ثلث الكراء يجوز في السلم، والقياس بعد تسليم رعي الاتباع في أنفسها أن لا يبطل إلا قدر ما تأخر وإن تأخر الكثير النصف ونحوه فسد جميعه على معروف المذهب.

وحكى ابن القُصَّار: إمضاء ما تناجزا فيه، ويجري فيها ثالث إن سمى لكل قفيز ثمنًا صح ما تناجزا فيه وإلافسد جميعه، حكاه القاضي في الصرف وتعقب المازري أخذه من مسألة الكراء المضمون بأن ذلك للضرورة وإليه الإشارة بتعليله في الرواية بأن الأكرياء يقتطعون أموال الناس، وقول عبد الحق في تهذيبه قول أشهب: إن تأخر يسير رأس المال لشرط لم يفسخ ليس بخلاف لابن القاسم ليسارته خلاف ظاهر، كلام اللخمي، وغيره أنه خلاف.

وفي سلمها الأول: إن أصيب رأس المال نحاسًا بعد شهرين؛ فله البدل ولا ينقض السلم إلا أن يعملا على ذلك فيفسخ وليس كتأخير النقد شهرًا إذ للمسلم إليه الرضى بما قبض، وإن قال حين ردها سأبدلها بعد شهر لم يجز وإن قال: بعد يومين جاز كابتدائه.

ابن محرز: قال لنا أبو بكر بن عبد الرحمن: لو نزل قوله سأبدلها بعد شهرين وأدرك بعد يومين فسخ الشرط وأخذ بالدفع، وإن لم يدرك حتى طال فسخ السلم من أوله كأنهما عملا عليه، وقال بعضهم: لا ينتقض السلم لأنه وقع صحيحًا، وينتقض ما أخره فقط، وأراه قول أبي عمران، وهو أشبه.

قال أشهب: ولو بقي من أجل السلم يومان فقط جاز أن يؤخره بالبدل أكثر من شهر.

اللخمي: إن وجد رأس المال زيوفًا أو رصاصًا أبدلها وتم السلم وفي مختصر ما ليس في المختصر: إن ثبت في رأس المال درهم ناقص انتقض من السلم بقدره فرأى أن

النهي عن الكالئ بالكالئ غير معلل فأفسد السلم بالتأخير وإن لم يعملا عليه، وغلبا عليه واختلف في الغلبة في الصرف وفي لزوم تعيين الدنانير بشرط تعيينها. ثالثها: إن شرطه دافعها فعلى عدمه الحكم ما تقدم من الخلاف من لزوم البدل أو فسخ العقد، ومن ألزم الشرط أجاز الخلف إن رضيا معًا وصار ابتداء عقد كرد رأس المال بعيب وهو عرض وقد اختلف في لزوم الوفاء بشرط ما لا يفيد.

ولو شرط تعيينها لمعنى معتبر لزم الوفاء به كشرط البائع تعيينها لعدم ملكه غيرها أو لمشقة بيعه ما يخلفها به وكشرط المبتاع تعيينها لحلها وإن كان رأس المال عرضا أو مكيلا أو موزنًا فرده بعيب انتقض السلم إن كان معينًا وإن كان موصوفًا على جواز الموصوف على الحلول لم ينتقض السلم، وغرم مثله، وإن انتقض السلم برد رأس ماله رد عوضه إن لم يفت، فإن فات فقيمته إن كان من ذوات القيم ويفيته حوالة الأسواق، وإن كان من ذوات الأمثال رد مثله إن فاتت عينه، وعلى رواية ابن وَهْب بفواته بحوالة الأسواق في البيع الفاسد يفوت بها، ويرجع بقيمته.

وفي خيارها: لا بأس بالخيار في السلم إلى أمد قريب يجوز تأخير النقد لمثله كيومين أو ثلاثة إن لم يقدم رأس المال فإن قدمه كرهته لأنه سلف وبيع، وسلف جر نفعًا؛ هذه إحدى المسائل الأربع التي لا يجوز فيها النقد ولو طوعًا وعلته ما قاله ابن محرز وغيره، مآله لفسخ دين في دين وهي مقيدة بكون الثمن لا يعرف بعينه؛ لأنه بقبضه، تعلق بذمته بنفس غيبته عليه، فصار دينًا عليه للمبتاع، إذا أمضي السلم كان المسلم قد أخذ السلم متقررًا في ذمة المسلم إليه بدلًا مما تقرر في ذمته من رأس ماله وتقدم هذا في الخيار.

قال اللخمي: في آخر أول ترجمة من كراء الرواحل: إن نقد في الكراء على خيار تطوعا فقيل يمنع وقيل يجوز وهو أحسن؛ لأن نقده إنما كان لأخذ هذه المنافع فلم يدخله تقضي أو تربي هذا في المضمون وهو في المعين أخف للاختلاف في أخذ منافع عن دين أجازه أشهب.

قُلتُ: وله خلاف هذا عن أشهب حسبما يأتي إن شاء الله تعالى في إجارة الطبيب في ترجمة الجعل، وقرر فيها دخوله سلف، وبيع وسلف جر منفعة بقوله: إن قدم النقد

فكأنه أسلفه الدنانير إلى أجل الخيار على أن جعلاها بعد أجله في سلعة إلى أجل فصارت الدنانير سلفًا، وصارت السلعة الموصوفة بيعًا بها فصار سلفًا جر نفعًا.

قُلتُ: حاصل هذا بعد تسليمه أنه سلف جر نفعًا، ونص دعواه أنه يدخل مع ذلك البيع والسلف، ويحتمل أن يريد دخولها على البدلية فسلف جر نفعا بها قرر.

ومراده بالبيع والسلف تارة يكون الثمن بيعًا إن بت العقد وتارة يكون سلفًا إن لم يبت، وفيه نظر؛ لأن كلا منهما غير كائن في العقد فإن قيل: لعله بناء على أن الملحق بالعقد كأنه فيه، قيل: يلزم منع الطوع بالنقد وبيع الخيار مطلقًا.

ابن محرز: ظاهر قولها إن رأس المال عين وربما كان عبدًا أو ثوبًا، أو دابة، أو دارًا وأمد الخيار يختلف في هذه الأشياء بيعت بنقد أو تأخير، فالصواب عندي أنه تعتبر ذلك فيها، فيضرب فيها من الأجل بقدر ما يحتاج إليه.

قُلتُ: لا يلزم من الحكم بيعه أمد الخيار فيما بيع عليه بدين كونه كذلك إن كان رأس المال سلم؛ لأن الموجب للفساد في تأخير رأس مال السلم إنما هو الأجل الذي يؤول به أمرهما إلى الدين بالدين، والأجل في بيع الأجل بعين أضعف منه في السلم؛ لأنه في بيع الأجل قابل للسقوط بتعجيل المدين الثمن ويجبر ربه على قبضه، بخلاف السلم، ولا يلزم من عدم تأثير الأجل المعروض للسقوط الفساد عدم تأثير الأجل القوي ذلك.

وفيها: قلت: من أسلم في طعام ولم يضرب لرأس المال أجلًا، وافترقا قبل قبض رأس المال، قال: هذا حرام إلا أن يكون على النقد، وقال مالك: لا بأس به إن قبضه بعد يومين ونحو ذلك.

قال عياض إثر قوله: (حرام): قيل: لعله لم يكن عرفهم في السلم النقد؛ لأن مقتضى لفظ السلم وعرفه جوازه وإن لم ينصا على النقد ويكون قوله إلا أن يكون على النقد أي: بشرط أو عرف، وحملها ابن محرز على أنهما عملا على التأخير.

أبو عمران: وقول مالك: بعده أتى به ابن القاسم مع جوابه لأسد فأتى بما سئل عنه، وما لم يسأل.

وفيها: إن أسلم عبدًا في طعام ولم يقبض العبد إلا بعد شهر جاز إن تأخر بغير

شرط ولم يؤقت لنا مالك في ذلك شهرًا، ولو كان رأس ماله ثوبًا بعينه أو طعامًا بعينه ولم يقبض ذلك إلا بعد أيام كثيرة فقد كرهه مالك ولم يعجبه ولا أحفظ عنه فسخه، وأراه نافذًا.

ابن محرز: عن اللوبي إنما كرهه فيهما؛ لأنهما مما يغاب عليه فقاربا الدين بالدين.

ابن محرز: الطعام أشد كراهة؛ لأنه لا يعرف بعينه.

وقال بعض المذاكرين: هذا على أن الطعام لم يكتل والثوب غائب على الصفة ولو نظر إليه، وكان الطعام وتركهما على غير شرط تراخ لم يكن فيه كراهة؛ لأنه لو أخذ من دينه سلعة نظرها وقام، ولم يقبضها جاز.

اللخمي: إنما كرهه في العبد والثوب والطعام خوف أن يكون عملا على ذلك فيكون بيع معين على تأخير قبضه لا لخوف الدين بالدين لأنهما معينان وهذا على أن الضمان مع قيام البينة من المشتري ولا يفترق حكم العبد من غيره، وعلى أنه من البائع يكره في العبد كالثوب، ومعنى قول مالك إن إبقاءه للإشهاد وشبهه ولو مكن البائع المشتري من العبد والثوب والطعام بعد كيله لم يكره وكان وديعة ولو حبس الطعام قبل كيله فتغير طعمه أو تسوس كان للمشتري رده إلا أن يكون ترك قبضه عمدًا فلا رد له وفيها مع غيرها صحة كون رأس المال منفعة معين أو جزافًا من غير مسكوك ابن حارث في ترجمة قبالة الرحاء بطعام هو جائز ولو حل أجل الطعام المسلم فيه قبل استيفاء المنفعة التي هي رأس ماله.

ابن شاس: قال أبو الطاهر: ظاهر قول عبد الوهاب منع كونه جزافًا وكل المذهب على خلافه.

قُلتُ: لفظه في المعونة رابع شروطه كون رأس ماله معلومًا مقدرًا، فظاهر قوله جواز كونه جزافًا، وخرج بعض المتأخرين منع كونه جزافًا كقول الشافعي خوفًا من منع الإقالة إن احتيج إليها بعد فوت رأس المال.

قال ابن عبد السلام: وهو بناء منه على الصور النادرة قال: وفيه نظر إذ ليس من لوازم كل سلم بحيث تصح الإقالة فيه في كل وقت، ألا ترى أن كل العروض المقومة يصح أن تكون رأس مال السلم، ومع ذلك لا تصح الإقالة بعد فوتها؟.

قُلتُ: إنما نقل المازري في توجيه قول الشافعي القياس على رأس المال في القرض والقراض وفرق بلزوم اقتضاء العقد ردهما بخلاف رأس مال السلم.

وقوله: ألا ترى أن العروض إلخ ظاهره قصر ما ذكره من الحكم على العروض ذوات القيم وليس كذلك بل هو عام فيها، وفي العروض المثلية وهذا لأن قوله لا تصح الإقالة بعد فوتها إن أراد والمسلم فيه طعام فواضح كون المثلية كالمقومة في منع الإقالة بفوتهما وإن أراد في غير الطعام فإن أراد بالإقالة الممنوعة في العروض المقومة أنها وقعت مطلقة لا على شيء مسمى يدفعه البائع بدلًا عن المبيع فالحكم فيهما واحد ولو باع حديدًا بعبد معين، ثم طلب بائع العبد رده إليه بمطلق الإقالة من غير ذكر فوات الحديد الذي قبضه لم يلزم دافع الحديد تلك الإقالة على مثله كما لو كان ثمن العبد ثوبًا، وقد فات لقولها آخر السلم الثاني: وكل ما ابتعته من مكيل أو موزون من طعام أو غيره فقبضته فأتلفته فجائز أن تقيل منه وترد مثله بعد علم البائع بهلاكه وبعد أن يكون المثل حاضرًا عندك وتدفعه له بموضع قبضته منه ولو طلب ذلك بعد فوات الحديد المعين على أن الإقالة على مثله جاز كما تقدم في نصها، وكذا على مثل الثوب سواء.

وفيها: منع كونه دراهم أو دنانير جزافا ولو عرفا عددها لأنه لا يصلح بيعها جزافا.

ابن حارث: يجوز فيها الجزاف.

وفيها: إن أسلما دراهم يعرفان وزنها مع دنانير لا يعرفان وزنها فسخ الجميع والبائع مصدق في وزن ما قبض بيمينه.

الصقلي: يريد إلا حيث تجوز عددًا؛ لأنه أمر عرفوه.

وفيها: لا خير في سلم حنطة في حنطة مثلها أو طعام في طعام مثله، ولا يجوز سلم الدنانير والدراهم في الفلوس.

وفيها مع غيرها: لا يجوز سلم شيء في أكثر منه ولا أقل منه ولا أدنى في أجود ولا عكسه لأنه سلف جر نفعًا، وضمان بجعل، وقول ابن الحاجب: وكذلك في أجود، وأردأ على الأصح إلا أن تختلف منافعهما ومقابل الأصح لا أعرفه وقبله ابن

عبدالسلام، وقال يعني: إن سلم الرديء في الجيد كالقليل في الكثير وسلم الجيد في الرديء كالكثير في القليل فتمنع الصورتان على أصح القولين، والقول بالجواز؛ لأن اختلاف الصفة يصير الجنس الواحد كالجنسين، وفيه بعد وإذا تقاربت المنفعتان، وأحدهما أردأ فالظاهر المنع.

قُلتُ: يعني بالصورتين الجيد في الرديء وعكسه، وقال ابن هارون: أجاز في غير المدَوَّنة سلم العبد التاجر في غير التاجر وهو الخلاف المشار إليه بقوله: على الأصح.

قُلتُ: قال عياض: أجاز في الكتاب العبد التاجر فيمن ليس بتاجر؛ لأن الآخر يراد للخدمة، ولمنفعة غير التجارة مما لا يستخدم فيها التاجر ولا يطيقه.

قُلتُ: وقال اللخمي: لا يسلم تاجر ولا صانع فيما تراد منه الخدمة ولا تجارة له ولا صنعة وهو كإسلام الجيد في الدنيء إلا أن يبين بفراهة أو جمال فتدخله المبايعة، ويجوز سلم التاجر والصانع في عدد تراد منهم الخدمة.

قُلتُ: فمقتضى طريقة اللخمي اتفاق المذهب على منع الجيد في الرديء، وأحرى في العكس وقرر المازري هذا المعنى معزوًا لبعضهم. ثم قال: وغيره يرى خلاف ذلك تعلقًا برواية المبسوط إجازة سلم العبد التاجر في غير تاجر، وإجازة البعير النجيب في بعير من حواشي الإبل فقايل هذا يلغي التهمة على ضمان بجعل بخلاف التهمة على سلف بزيادة لشدة التهمة فيه وتكرر فعله وقلة دفع كثير في قليل.

ومثل رواية المبسوط إجازة الموازيَّة سلم فرسين سابقين في فرس ليس مثلهما وسلم طباختين في أمة لا تحسن الطبخ.

قُلتُ: وهذا يقرر وجود القول بإجازة سلم الجيد في الرديء من صنفه لا العكس.

وقال ابن بشير: في سلم الرديء من كل صنف في الأجود أو بالعكس قولان فالأقوال والطرق ثلاث، للخمي، والمازري، وابن بشير وفيها إن أسلمت جذعًا في مثله صفة وجنسًا فهو قرض إن ابتغيت به نفع الذي أقرضته وإن ابتغيت نفع نفسك رد السلف.

اللخمي: واختلف إن قصد في القرض في الثوب بيعه بمثله، فقال مالك وابن القاسم وغيرهما: ذلك فاسد، وأجازه في مختصر الوقار، وعلى الأول فهو في فسخه

وفوته كبيع فاسد.

وفيها: لا يسلم جذع في جذعين حتى يتبين اختلافهما كجذع نخل كبير طوله وعرضه كذا في جذوع صغار لا تقاربه.

عياض: عورضت بأنه يصنع من الكبير صغار، وصوب فضل منع ابن حبيب ذلك، وقال غيره: معناه: أن الكبير لا يصلح لما يصلح فيه الصغار ولا يرجع منه صغار إلا بفساد ولا يقصده الناس، ولا نقد على ما في الكتاب؛ لأن ظاهره أن الجذوع على خلقتها لم تدخلها صنعة ولا يمكن أن يجعل من الجذع الكبير الغليظ جذوع صغار رقاق إلا بالنشر والنجر، وإذا فعل هذا بها لم تسم جذوعًا بل جوائز، واختلاف الأغراض في الجذع الكبير والجذوع الصغار بين لاختلاف مصارفها.

اللخمي: لا يسلم جذع في جذع إن اتفقا فيما يعمل منهما ولو اختلف أصلهما وإن اختلف فيما يعمل منهما جاز، ولو اتحد أصلهما،

وفيها: لا يسلم جذع في نصف جذع ابن أبي زَمَنَيْن: أي من جنسه، ولو كان من صنوبر والنصف من نخل أو نوع آخر غير الصنوبر لم يكن به بأس على أصل ابن القاسم.

وفي الواضحة: الخشب صنف واحد وإن اختلفت أصولها إلا أن تختلف منافعها كالألواح والجوائز.

الصقلي: هذا كله يرد قول ابن أبي زَمَنَيْن.

[باب فيما يعتبر في عوض السلم]

وفيها: مع غيرها المعتبر في السلم اختلاف منافع عوضيه[1]، والأصل في أفراد النوع اتحاد منافعها، وفي تقرير ذلك أقوال وروايات.

---

(1) قال الرَّصاع: قال رحمه الله فيها: مع غيرها اختلاف منافع عوضيه ما أشار إليه ظاهر؛ لأن المسلم والمسلم فيه إن اتحدا في الجنسية فإن اختلاف منفعتها تصيرهما كالمختلفي الجنس كجذع في مثله إن اختلفت منفعتها جاز وكذا كبار الخيل في كبارها إذا كان جوادا في غير جواد وكذلك الغنم في مثلها إذا كانت غزيرة اللبن والله أعلم.

أما الحمر ففي الطرر هي عند ابن القاسم ثلاثة أصناف: صغارها صنف، وكبارها صنفان: حمر مصر التي للركوب صنف، وحمر الأعراب التي للخدمة صنف.

عياض: مذهبها السير والحمل فيها غير معتبر، وحكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وقاله أبو عمران قال: لجعله حمر مصر صنفًا، وبعضها أسير، وحملها فضل على خلافه، وأنكر تأويل ابن حبيب على ابن القاسم، وقال: كيف يصح هذا، وقد قال فيها: إلا أن يختلف اختلاف الحمار النجيب بالأعرابيين وباختلافهما بالسير؟

قال ابن حبيب وأَصْبَغ وعيسى، وأنكر أبو عمران تأويل فضل.

قُلتُ: احتجاج أبي عمران بجعل ابن القاسم حمر مصر صنفًا، وبعضها أسير يرد بأنه لا يلزم من لغو شدة السير مع سير دونه لغوه مع عدمه؛ لأن المراد بالسير سرعته لا مطلقه.

اللخمي: يجوز سلم حمار يراد للحمل في أقل حملا يراد للركوب والسرج، واختلف في سرعة السير ألغاه محمد واعتبره عبد الملك وهو أحسن؛ لأنه يزاد في ثمنه لأجله إن كان سيرًا بينًا والآخر معه في معنى الدنيء يسلم المسيار في اثنين.

المتيطي: لمحمد عن ابن القاسم تسلم الأعرابية في المصرية والأشهر لا تختلف حمر مصر بحيث يسلم بعضها في بعض.

وقال عيسى وأَصْبَغ: اختلاف سيرها يبيح سلم بعضها في بعض.

وفيها: لا يسلف كبار الخيل في كبارها إلا فرس جواد له سبق فيما ليس مثله في جودته، وإن كان في سنه.

قُلتُ: ظاهره ولو لم يكن فيه معنى مقصود ليس في الأول.

وقيده اللخمي بأن يرغب في أحدهما لجماله، والآخر لسرعته فتكون مبايعته ولو تساويا في السبق وأحدهما أجمل أو في الجمال والسمانة أو الرداءة وأحدهما أسبق لم يجز.

ابن زرقون عن ابن حبيب: لا يخرجها سرعة سيرها عن جنسها وإن فاتت به؛ لأن المقصود فيها السبق إلا البراذين التي لا جري فيها وعرفت بذلك فتكون جنسًا.

وفيها: لا تسلف كبار الإبل في كبارها إلا ما بان في النجابة والحمولة فيجوز في حواشي الإبل وإن كانت في سنه.

اللخمي: الإبل صنفان صنف يراد للحمل وصنف للركوب لا الحمل وكل منهما جيد وحاش يسلم ما يراد للحمل فيما يراد للركوب، وعكسه اتحد العدد أو اختلف، وما يراد للحمل أو الركوب لا يسلم بعضه في بعض إلا أن يكثر عدد الرديء لتحصل المبايعة فيجوز سلم نصف جيد في كامل رديء.

المازري: الإبل لا تراد للجري والسباق بل للحمولة فيعتبر التفاضل فيها من هذه الناحية وتبعه ابن بشير وهو خلاف متقدم نقل اللخمي وذكر الباجي اعتبار الحمل فيها، ثم قال آخر كلامه: وأكثرها يركب بالسروج؛ لأنها للمشي السريع وليست للحمل.

فظاهره: أن سرعة السير للراكب معتبر فيها خلاف الحمل فيها قاله في ترجمة ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض وقال في أول ترجمة من البيوع: المقصود من الإبل القوة على الحمل، وليس السبق بمقصود فيها؛ ولذا لا يسهم لها وإن كان منها ما يسابق به وقد يكون من الخيل ما يشتد في القوة على الحمل ويتخذ لذلك، ولا يتميز به في الجنس.

وقول ابن عبد السلام: في قولهم بلغو السبق فيها نظر؛ لأن العرب كانوا يقاتلون عليها ويريدون بعضها للركوب دون الحمل وهو موجود إلى الآن، فينبغي أن يسلم منها ما يصلح للركوب فيما يصلح للحمل وعكسه.

قُلتُ: أول كلامه في السبق وآخره في السير بجواب قوله في لغوهم السبق نظر ما تقدم للباجي مستشهدًا بعدم القسم للإبل، وقوله: ينبغي هو مقتضى كلام الباجي أولًا.

وفيها قال ابن القاسم: لا بأس أن تسلم البقرة القوية على العمل الفارهة في الحرث وشبهها في حواشي البقر ولو من سنها.

الباجي: يعتبر القوة على الحرث في ذكور البقر اتفاقًا وهو ظاهر قول ابن القاسم في الإناث، وحكى ابن حبيب أن المقصود منها كثرة اللبن فعلى روايته يجوز سلم البقرة الكثيرة اللبن وإن كانت قوية على الحرث في الثور القوي عليه.

المتيطي: وتسلم البقرة الغزيرة اللبن في بقرات ليست مثلها.

وفيها: الغنم لا يسلم ضأنها في معزاها ولا العكس إلا غنمًا غزيرة اللبن موصوفة بالكرم فلا بأس أن تسلم في حواشي الغنم.

الباجي: غزر اللبن معتبر في المعز وهو ظاهر قول ابن القاسم في الغنم فيها وليحيى عن ابن القاسم كثرة اللبن في الغنم لغو وعزاه اللخمي لابن حبيب عن مالك وأصحابه.

قال بعض الفقهاء: وهو ظاهرها.

الصقلي: ظاهرا أن الضأن كالمعز سواء في اعتبار غزر اللبن.

وقال يحيى بن سعيد: والمعز أغزر لبنًا والضأن أفضل لبنًا.

اللخمي: وذكور الغنم وإناثها صنف واحد، وأجاز ابن القاسم: أن تسلم الدجاجة البيوض أو ما فيها بيض في ديكين فعليه يجوز سلم نعجة في كبشين وهو صواب؛ لأن أهل كسبها يرغبون في إناثها للنسل واللبن ولا يرغبون في ذكورها ولا يمسكون منها إلا ما تحتاجه الغنم.

ولا تسلم نعجة في كبش واحد؛ لأنها أفضل إلا أن يكون في الكبش فضل عليها من وجه آخر، وأجاز ابن أبي سلمة الضأن في المعز، ورآهما صنفين وعليه الناس اليوم، منهم من يرغب في المعز عن الضأن ومنهم على العكس.

قُلتُ: ظاهره أنه جعل الضأن والمعز نوعين ونحوه قول ابن الحاجب في تمثيله ما تختلف منافعه بقوله: وكالحمار الفاره في الأعرابي والجواد في حواشي الخيل، وكذلك الإبل، البقر والمعز بخلاف الضأن على الأصح ويحتمل أن يريد أن أفراد الضأن لا يختلف بحال على الأصح فتكون غزارة اللبن فيها لغو إلا أن نوعها خلاف نوع المعز.

وفي اعتبار وصف الصغر، والكبر اضطراب، وسمع عيسى ابن القاسم لا خير في صغير بكبير لأجل من صنفه من البهائم ولا عكسه؛ لأنه سلف بزيادة أو لضمان ولا بأس به على وجه البيع أن يكون صغيران بكبير أو كبير بصغيرين أو كبيران بصغيرين لخروجهما من تهمة السلف بزيادة وتهمة الضمان.

ابن رُشْد: سكت عن صغير في كبيرين وإرادته إجازته وهو نصه في رسم باع شاة ومثله في الموازيَّة.

قُلتُ: مقتضى تعليله منع صغير في كبير منع صغير في كبيرين لتهمة سلف بزيادة قال: ولمحمد في موضع آخر من كتابه لا يجوز صغير في كبيرين ويجوز كبير في صغيرين، فالأقوال ثلاثة:

الأول: منع صغير في كبير وعكسه وإجازة ما سواه.

الثاني: منعه ومنع صغير في كبيرين وإجازة ما سواهما.

والثالث: قول ابن لبابة تأويلًا على ما لأَصْبَغ عن ابن القاسم: أنه لا يجوز صغير في كبيرين أنه لا يجوز الواحد في الواحد ولا الجماعة فيه ولا هو في الجماعة كيف ما كان، ويجوز ما سوى ذلك ولا يحمل القياس شيئًا من هذه الأقوال لأنه إذا جاز العدد في العدد جاز الواحد في الواحد؛ لأن المكروه لو دخل في الواحد كان أكثر دخولًا في العدد بالعدد، وما في رسم باع شاة من إجازة صغير الآدمي في المهد بكبير تاجر فصحيح معارض لها وهو أصح وعليه ينبغي أن تحمل المدَوَّنة لإجازته فيها كبار الخيل في صغارها وكبار الإبل، وكبار البقر في صغارهما ولم يفرق فيها بين واحد بواحد أو عدد بعدد، وجعلهما صنفين، والتفرقة بينهما لا يحملها قياس كما ذكرناه، وقد أجاز فيها ثوبًا من غليظ الكتان مثل الزيقة، وشبهه في ثوب قصبي لأجل وثوب ثوب فرقي معجل، إنه شاذ إنما يأتي على أحد قولي مالك في إجازة جمل في جمل مثله نقدًا، وجمل مثله لأجل، ومشهور قوله: إنه لا يجوز.

عياض: ظاهره: لا يجوز كبير في صغير ولا جيد في رديء حتى يختلف العدد، ونحوه في سماع عيسى ولأَصْبَغ عن ابن القاسم، وقاله بعضهم.

وقال بعض الشُيُوخ: مذهب الكتاب جواز كبير في صغير، وصغيرين وصغير في كبير وكبيرين وهو نص الواضحة وأحد قولي الموازيَّة وتأويل ابن لبابة وابن محرز وغيرهما المدَوَّنة.

ولابن القاسم في العتبيَّة: جواز الكبير التاجر في العبد الصغير، فرأى الكبير والصغير صنفين على مذهب الكتاب الكتاب لاختلاف الأغراض سوى بني آدم والغنم؛ لأن المراد من الغنم اللبن واللحم فلم يفترق إلا بغزر اللبن.

قُلتُ: انظر قوله سوى بني آدم مع قوله قبله يليه عن ابن القاسم جواز الكبير

التاجر في الصغير فرأى الكبير والصغير صنفين؛ أخذ من هذا أن الصغير والكبير صنفان وهم لما قاله ابن محرز قال: الصغار والكبار يختلفان من سائر الحيوان إلا في الغنم لأن غالب المراد منها اللحم، وما سوى اللحم من الأغراض تابع له وإلا في الآدمي؛ لأن شراء صغيره إنما هو للخدمة إذا كبر، وما عدا الخدمة إنما يكون بتعليم فإذا باع صغيرًا بكبير ليس فيه إلا الخدمة فلم تختلف الأغراض، والإبل والخيل مجبولة على أحوال شتى تختلف لها الأغراض.

منها: القوة على الحمل، ومنها الجري وهذه الأحوال لا تتبين في الصغر.

اللخمي: الصغار والكبار من الرقيق ينبغي كونهما صنفين فيسلم كبير في صغيرين وصغيران في كبير لا كبير في صغير ولا عكسه إلا كبير من الوخش لا يراد إلا للخدمة وللصغير جمال، ومما يراد للتجر إن كبر أو للصنعة.

الباجي: في الواضحة صغير الرقيق وكبيره صنف واحد، والقياس عندي أنهما جنسان لأن المنافع لا يتبين بها الجنس من التجر والصنائع لا تصح من الصغير.

اللخمي: يريد ابن حبيب إن تساوى العدد أو كان عدد الكبار أكثر.

الباجي: وهما في الخيل والبغال والحمير جنسان وكذا الإبل والبقر لا خلاف أن صغارها مخالفة لكبارها لأن العمل فيها مقصود والحيوان المأكول إن لم يكن فيه عمل مقصود والحيوان المأكول إن لم يكن فيه عمل مقصود ولا منفعة فصغيره وكبيره سواء اتفاقًا كالحجل واليمام، وإن كان فيه منفعة لبن أو نحوه، ففي اختلافه بالصغر والكبر روايتا محمد.

[باب حد الكبر في الخيل]

وحد الكبر في الخيل بلوغها المنفعة المقصودة:

محمد: هو أن يسافر عليه كالجذع، وما دونه صغير والحولي صغير، وقاله مالك في البغال والحمير، والرباعي كبير ويحتمل كون الجذع كبيرًا كالخيل.

وروى محمد: لا خير في ابنتي مخاض في حقة ولا في حقة في جذعتين فيحتمل منعه ابنتي مخاض في حقة؛ لأنهما من سن الصغير أو على رواية منع صغيرين في كبير ويحتمل

منعه حقة في جذعتين على رواية منع صغير في كبيرين فإن الجذع في الإبل أول أسنان الكبر أو لأنهما من سن الكبر.

قُلتُ: انظر قوله على رواية منع صغير في كبيرين مع متقدم قوله: وكذا الإبل والبقر لا خلاف أن صغارها مخالفة لكبارها قال: وحد الكبر في ذكور البقر بلوغ الحرث والإناث على قول ابن القاسم كذلك، وعلى قول ابن حبيب أن تبلغ سن الوضع واللبن والغنم إن فرق بين صغارها وكبارها، فكبرها بلوغها سن الوضع واللبن ويجب على هذا كون ذكورها كصغارها؛ إذ لا منفعة فيها غير اللحم إلا النزو وهو لغو كما هو في الخيل والحمر، وحد الكبر في الرقيق إن فرق بين صغارهم وكبارهم بلوغ سن التكسب بعمله أو تجره، وهو عندي نحو خمسة عشر سنة ونحوها أو الاحتلام.

ابن زرقون: ولابن دينار لا يختلف صغير من كبير في جنس من الأجناس.

قُلتُ: فهو رابع لثلاثة أقوال.

ابن رُشْد: ابن الحاجب: وكذلك كبير في صغير وصغير في كبير على الأصح بشرط أن لا تفضي المدة إلى معنى المزابنة فيهما.

المازري: وطريقة ثانية أشار إليها بعض المتأخرين هي حمل رواية منع الصغير في الكبير على أنه لأجل يكبر فيه فيؤول للمزابنة وهذا تعسف وبعيد من ظاهر الروايات. ووقع لمالك منع كبار الحمر في صغار البغال لأجلٍ يمكن أن تنتج فيه الحمير بغالًا وإن لم تمكن فيه كالخمسة الأيام جاز.

فإن قلت: قبوله هذه الرواية تنفي كون قول المتأخر تعسفًا، والرواية هي سماع عيسى ابن القاسم: لا خير في كبار الحمير بصغار البغال لأجل بحال قاله مالك، ولا بأس بكبار البغال بصغار الحمير اثنان بواحد لأجل.

قُلتُ: لم كرهت كبار الحمير بصغار البغال. قال: ما فيه إلا الاتباع؛ لأن مالكا قاله قلت: من أي وجه أخذه؟ قال: كأنه من أن الحمير تنتج البغال.

قُلتُ: فلو كان لأجل قريب لا تهمة فيه قال: إن كان مثل الخمسة الأيام وشبهها لم أر به بأسًا.

ابن رُشْد: ظاهره أن مالكًا لم يجز كبار الحمير في صغار البغال، وإن ابن القاسم

كره ذلك اتباعًا لمالك، وتأول عليه أن ذلك للمزابنة فأجازه للأجل القريب وأجاز كبار البغال في صغار الحمير؛ لأنها لا تنتجها على هذا حمل الشُّيُوخ المسألة، واعترضوها، واعتراضهم على ما حملوها عليه صحيح؛ لأن كراهة كبار الحمير في صغار البغال ضعيفة، وحجة ابن القاسم باتباعه مالكا عليها غير صحيح إذ لا يصح اتباع عالم عالمًا فيما لا يرى له وجه صحة وتأويله أنه للمزابنة بعيد لبعدها في ذلك، ويلزمه على هذا التأويل إجازة مالك إلى الأجل البعيد الذي لا يمكن فيه من الحمار بغل ولا يقصره على خمسة أيام ونحوها، وكيف يصح على ما تأوله على مالك وقد أجاز فيها كبار الخيل والإبل في صغارهما صغار ما تنتج الخيل والإبل تنتج الإبل؟ ولعل معنى قول مالك في هذه الرواية أن الصغار والكبار من كل جنس صنفًا واحدًا كما كذلك في بني آدم والضأن والمعز، وهو قول ابن دينار في المدنيَّة، ولو سئل على هذا القول عن كبار البغال لصغار الحمير لكرهها ولم يفرق بينهما كما فعل ابن القاسم، والذي أقوله في هذه المسألة إن معنى قوله: لا خير في كبار الحمير بصغار البغال؛ أي لا خير في ذلك واحد بواحد قدم الكبير أو أخر كقوله في المسألة التي قبلها وذلك على أصله أن البغال والحمير صنف واحد، وقوله بعد ذلك لا بأس بكبار البغال بصغار الحمير اثنان بواحد على ما وصفت لك أي يجوز اثنان بواحد لأجل مع تباعدهما بالصغر والكبر والأجناس؟ فقال: لا أجد في ذلكم إلا الاتباع لقول مالك أي: لقوله: (أنهما جنس واحد والجنس الواحد لا يجوز الصغير منه بالكبير واحد بواحد)، فقال: من أي وجه أخذه؟ أي: من أي وجه أخذ كونهما جنسًا واحدًا؟ فقال: لأن الحمير تنتج البغال، فقال له: فلو كان لأجل قريب أي: لأجل لا تهمة فيه على الضمان لقربه فقال: إن كان لخمسة أيام ونحوه فلا بأس فعلى هذا تستقيم المسألة ويرتفع الإلباس وأطال ابن لبابة كلامه عليها في المنتخبة وخلطه، وقال: إن ابن القاسم لم يفهم ما قاله مالك، قال: والذي قاله مالك إجازة كبار البغال في صغار الحمير عددًا في عدد، وواحدًا في واحد كالخيل في الحمير إذ لا يخرج الحمير من البغال كما لا تخرج من الخيل.

وسلم كبار الحمير في صغار البغال جاز في ذلك العدد في العدد ولم يجز فيه الواحد بالواحد ككبار الحمير في صغار الحمير؛ إذ تخرج صغار البغال من الحمير كما تخرج

صغار الحمير من الحمير، هذا معنى قوله وهو تعسف من التأويل بعيد من اللفظ.

قُلتُ: في أول كلام ابن رُشْد ما يقتضي كون الصغير من الآدمي كغيره كاختيار الباجي، وفي إثباته ما يقتضي الاتفاق على عكس ذلك كقول ابن محرز وغيره.

ولابن زرقون: قال ابن دينار: ولا يختلف صغير من كبير في جنس من الأجناس، فهو لأقوال ابن رُشْد رابع وهو خلاف قول الباجي لا خلاف في أن ما فيه عمل مقصود، كالإبل والبقر أن صغيره مخالف لكبيره، وفي اعتبار مانعية المزابنة طريقان لنقل المازري عن بعضهم مع ظاهر سماع عيسى ابن القاسم عند بعضهم والباجي، وظاهر كلام المازري مع نص ابن رُشْد.

وتقدم قول الباجي في الطير، وسمع عيسى ابن القاسم: الطير كله جنس واحد لا يحل دجاجة بدجاجتين ولا شيء من الطير واحد باثنين لأجل وإن تفاضلت في البيض والفراخ وصغيره ككبيره، وذكره كأنثاه).

ابن رُشْد: لا خلاف في المذهب أن ما يقتنى من الطير للفراخ والبيض كالدجاج والأوز والحمام كل جنس منه صنف على حدته صغيره وكبيره ذكره وأنثاه وإن تفاضل بالبيض والفراخ فإن اختلف الجنسان جاز منه واحد باثنين لأجل، وما كان منها لا يقتنى لبيض ولا فراخ إنما يتخذ للحم فسبيلها سبيل اللحم عند ابن القاسم ولا يراعى حياتها إلا مع اللحم، وأشهب يراعيها في كل حال يجوز على مذهبه سلم بعضها في بعض إن اختلفت أجناسها بمنزلة ما يقتنى لبيض أو فراخ وتقدم للخمي عن ابن القاسم إجازة سلم الدجاجة البيوض أو ما فيها بيض في ديكين.

ونقل الصقلي والمتيطي عنه: الديك والدجاجة صنف.

وقال أَصْبَغ: إلا الدجاجة ذات البيض من صنف تسلم البيوض في ديكين أو ديك في دجاجتين منها.

وما عزاه اللخمي لابن القاسم خلاف ظاهر سماعه عيسى.

المتيطي عن ابن حبيب: الدجاج والأوز صنف واحد، والحمام صنف وما لا يقتنى من الوحش كالحجل واليمام هو كاللحم لا يباع بعضه ببعض حيًّا إلا تحريا يدًا بيد.

قُلتُ: ظاهر كلام ابن رُشْد أن الدجاج والأوز جنسان وظاهر نقل المتيطي أنهما

جنس واحد وهما معًا من قطر الأندلس.

وفيها: العبيد صنف إلا ذو النفاذ.

الباجي: ليست الذكورة والأنوثة بجنس في الرقيق ولا في الحيوان.

اللخمي: قال ابن حبيب: الذكران والإناث صنف واحد، وعلى قول مالك في العتق الأول من قال: كل عبد أشتريه أو كل جارية أشتريها حرة، لا شيء عليه؛ لأنه عم الجواري والغلمان فلم يلزمه اليمين في تعميمه الذكور دون الإناث ولا في العكس، فلو كان جنسًا واحدًا لزمته فيهما وهو قول ابن الماجِشُون وقول مالك أحسن لاختلاف خدمة النوعين خدمة الذكور خارج البيت والأسفار والحرث وشبه ذلك، وخدمة الإناث ما يتعلق بالبيت من خبزٍ وطبخ وشبهه.

وقول ابن الحاجب: الذكورة والأنوثة في غير الآدمي ملغاة اتفاقًا صحيح باعتبار نصوص المذهب، وتقدم للخمي أنها معتبرة في الضأن.

وذكر ابن عبد السلام: استقراء اللخمي غير معزو له، قال: في استقرائه جواز سلم أحدهما في الآخر نظر؛ لأن نتيجة الاستقراء أنهما جنسان واختلاف الجنسية أعم من اختلاف المنفعة افاقها والمعتبر اختلاف المنفعة والأعم لا إشعار له بالأخص، ولو سلك في الاستقراء دلالة العرف على تباين منفعة الذكور من منفعة الإناث كما دل عليه العرف المطرد لكان له وجه، وسلكه بعضهم وجعله كالمقوي لما أخذه من المدَوَّنة، وهذا الأخير وحده كاف.

قُلتُ: ظاهره أن بعضهم أخذه من مجرد استنتاج كونهما جنسين من مسألة العتق دون اعتبار اختلاف منافعهما ولا أعرف هذا الاستقراء لغير اللخمي إلا من هو بعده، واللخمي لم يستقره من مطلق الجنسين غير معتبر اختلاف منافعهما؛ بل مع اعتباره، وكذا حكاه المازري.

وقوله: اختلاف الجنسية أعم من اختلاف المنافع يرد بمنع ذلك؛ بل هو مساوٍ له غالبًا والعيان يثبته.

وقوله: جعل بعضهم اختلاف منافعهما مقويًا لما أخذه من المدَوَّنة وهو وحده كاف، يرد بأن ذكره من حيث كونه كافيًا في جواز سلم أحدهما في الآخر ليس كذكره

من حيث كونه مثبتًا كونها جنسين؛ لأن الأول لا ينتج جواز سلم صغيرهما في كبيرهما مطلقًا وكونه مثبتًا كونها جنسين يثبته وكلام اللخمي يدل على أنه إنما ذكره ليثبت به كونها جنسين وهو بحسن فطرته يهتدي في كثير من أبحاثه لنكت لا يدركها غالبًا إلا ذو حظ من علم أصول الفقه، ومقدماته منها تقريره هذا الموضع كونها جنسين باختلاف منافعها لما تقرر من أن أفراد كل نوع لا بد أن تباين أفراد ما هو نوع غير نوعها، وتختلف أفراد النوع بالتجر فيها لا بأس بسلم عبد تاجر في ثوبين أو غيرهما لا تجر فيهما.

عياض: من تأملها مع كراهة بيعهم، ذكروا أن لهم عهدًا.

قُلتُ: نصها في التجارة بأرض الحرب والنوبة لا ينبغي شرائهم ممن سباهم؛ لأن لهم عهدًا من عمرو بن العاص أو عبد الله بن سعد.

قال عياض: وقيل: لعله فيما باعوه من عبيدهم أو يكون لفظًا للتمثيل لا للتحقيق؛ لأنه لم يقصد الكلام على جواز بيعهم.

قُلتُ: ولعله شرط نقضوه.

اللخمي: يسلم أحدهما في الآخر إن اختلف تجراهما كبزاز وعطار أو صنعتاهما كنجار وخياط، ويسلم التاجر في الصانع، لا أحدهما فيما يراد لمجرد الخدمة، ويسلم أحدهما في عدد تراد منه الخدمة واختلف في الحساب والكتابة، هل هما كالصنعة وأرى إن اشتغلا بهما فهما كالصنعة وإن اشتغلا بالخدمة فليسا كالصنعة.

ابن محرز: من المذاكرين من ألغاهما بأنهما علم فقط لا صناعة وهو منقوض بالتجر فإنه علم وهو معتبر اتفاقًا.

المتيطي: فيها لابن سعد لا بأس بسلم حاسب كاتب في وصفاء سواه وقاله ابن حبيب.

أبو عمران: قولها خلاف المدَوَّنة.

الباجي: لمحمد عن ابن القاسم إذا نفذ في الكتابة والقراءة نفادا يمكنه التكسب بها فهي منفعة مقصودة. ولمحمد عن ابن القاسم: ليست الكتابة بجنس في الإماء، ولعيسى عنه إن كانت فائقة فيها فهي جنس تبين به من غيرها فيحتمل أن يكون قولًا

واحدًا، وأن النفاذ فيه جنس ويحتمل أن يكون قولين.

ابن زرقون: انظر هذا فالذي لابن أبي زَمَنَيْن عن عيسى عن ابن القاسم أن الكتابة ليست بصنعة في الإماء وهي صنعة في الذكور إن كان فائقا فيها.

قال أبو عمران: لا توجد هذه الرواية لابن أبي زَمَنَيْن إنما هو لأَصْبَغ في الموازيَّة، وقول ابن حبيب في الجواري، ففي كون الكتابة صنعة ثالثها: في الذكور لابن القاسم مع مالك وابن حبيب مع أَصْبَغ وابن أبي زَمَنَيْن مع عيسى عن ابن القاسم.

اللخمي: روى محمد الطبخ والخبز صنعة.

ابن القاسم والرقم يريد: إن كان مقصودًا، منها.

زاد الباجي: والنسج وكل نوع منها مخالف للآخر إلا الطبخ والخبز فهما جنس واحد.

اللخمي عن ابن القاسم: ليس الغزل وعمل الطيب بصنعة، والنساء أجمع يغزلن يريد ما لم تبن بذلك ويكون المقصود منها، ونقله الصقلي ولم يقيده التونسي لعله يريد بعمل الطيب علمه لا عمله باليد الذي يحتاج إلى علم.

الباجي: والحرث والحصاد لغو في الرجال.

ابن بشير: قال المتأخرون: الانفراد في الطبخ والغزل معتبر.

قُلتُ: هذا يقتضي أن الطبخ كالغزل خلاف ما تقدم وتبعه ابن الحاجب فيه.

اللخمي: اختلف هل الجمال فيما للفراش من الجواري صنف تبين به الجارية من غيرها فقال ابن القاسم: هما صنف واحد، لا يسلم العلي في الوخش وروى محمد لا بأس بالرائعة بالجاريتين دونها قال: كل ما اختلف في هذا النسيئة فيه تحل، وقاله ابن وَهْب، وقال: أَصْبَغ لا بأس بجارية جميلة فصيحة في جاريتين لأجل، وظاهر قول مالك: إجازة رائعة في رائعتين دونها وهو الأصل كسابق في عدد دونه.

الباجي: لعيسى عن ابن القاسم الجمال في الإماء ليس بجنس ولأَصْبَغ هو جنس مقصود.

قال بعض القرويين: ورواه ابن وَهْب.

محمد: وليس السواد والبياض والرومي والنوبي باختلاف في الرقيق.

ابن زرقون: حكى خلف عن ابن عبد الحَكَم: إجازة سلم الأسود في الأبيض.

المـازري: الأصح أن الجميلة التي تـراد للفراش صنف مخالف للوخش المـراد منه الخدمة.

ابن بشير في الاختلاف بالجمال قولان والصحيح عند المتأخرين اختلافه بالجمال الفائق، وجعل أصل كلامه في الحيوان الناطق، ومراده في الجمال ما خصه به غير واحد وهو الإماء، وذكر اللخمي وغيره قول أَصْبَغ باعتبار الجمال مطلقًا ونقله عنه عبد الحق باعتبار كونه فائقًا، ويسير الصنعة في بعض النوع لغو وكثيرها معتبر في المزابنة وتقدمت وفي السلم.

الصقلي عن محمد: مغزول الكتان كأصله لا خير في سلم أحدهما في الآخر.

ابن أبي زَمَنَيْن هما عند أصحاب مالك صنف واحد، وأرى الغزل صنعة تبيح التفاضل نقدًا وإلى أجل إن عجل الغزل.

قُلتُ: ومقتضى قول محمد ومنعها سلم صوف في صوف منع الغزل بالغزل.

وقال اللخمي: يجوز سلم الغزل في الغزل إن اختلفا، فيسلم قليلاً جيدًا في كثير رديء؛ لأنه يعمل من أحدهما ما لا يعمل من الآخر.

المـازري: كون الغزل بالغزل والكتان صنفًا واحدًا هو مشهور المذهب، وأشار بعض المتأخرين إلى أن القياس كونهما صنفين.

ابن الحاجب: والمصنوع لا يعود إن قدم وهانت الصنعة كالغزل إن لم يجز على الأشهر بخلاف النقد.

قُلتُ: ظاهره جوازه نقدًا لا بقيد تبين الفضل وهو خلاف المشهور حسبما تقدم للمازري ونحوه لعبد الحق، في فضل المزابنة وإنما هو على خلاف المشهور.

وفيها: لا بأس بثوب كتان في كتان وثوب صوف فيه:

قُلتُ: لامتناع زوال صنعة الغزل، ومنع الشَّيخ سلم ثوب خزٍّ فيه معللًا له بنفسه.

اللخمي: يسلم ثوب الكتان فيه وفي غزله وإن بعد الأجل، منع أشهب الثوب بالغزل إلى أجل ونقدًا للمزابنة إلا أن يتبين الفضل، وقول مالك: من باع غزلًا فنسجه مبتاعه ثم فلس فلربه أخذه، يقوي قول أشهب.

وفيها: لا يسلم كتان في ثوب كتان لأنه يخرج منه.

وفي نوازل سَحنون من الجعل والإجارة: من تقبل من رجل أحواضًا للملح لها شربٌ معلوم من بئر أشهرًا بملح مضمون عليه لا بأس به.

ابن رُشْد: عاب قول سَحنون هذا الناس قديمًا وحديثًا، وروى زياد أكره أخذ الملاحة ببعض ما يخرج منها، ووجه الكراهة أن الملح يخرج من الماء الذي دفعه آخذ الملح، فأشبه سلم كتان في ثوب كتان، ووجه إجازته سَحنون: أن جل الكراء إنما هو للأحواض لا للماء، إذ لو اكترى الأحواض دون الماء على أن يسوق إليها ماءه لم ينتفع رب الماء به إن لم تكن له أحواض يسيره إليها، بخلاف من أسلم كتانًا في ثوبه؛ لأنه يعطيه من عينه.

اللخمي: يسلم الكتان وغزله في ثوبه إن قرب الأجل بحيث لا يمكن أن يعمل منه في ذلك الأجل وإلا لم يجز إلا أن يكون ذلك الغزل لا يصلح عمل ذلك الثوب منه فيجوز.

قُلتُ: دليل اعتبار الأجل قول سلمها الثالث: لا خير في شعير نقدًا في قصيلٍ لأجلٍ إلا لأجلٍ لا يصير الشعير فيه قصيلًا ويكون مضمونًا بصفة.

اللخمي: ولو بعد الأجل فإن كان الغزل أجود جاز، قل وزنه أو كثر؛ لأنها مبايعة وإن كان أدنى لم يجز إلا أن يكون أكثر وزنًا إن كان مثل وزنه أو أدنى دخله سلف بزيادة هي فضل جودة غزل الثاني وصنعته، ومثله الصوف في ثوبه، وذو الصنعة المفارقة في أصله كأصله بخلاف ما تقدم في اللازمة كالنسج.

فيها: لا يجوز سيوف في حديد لا يخرج منه لأنه نوع واحد ولو جازت لجاز حديد السيوف في الحديد الذي لا يخرج منه، ولأجزت الكتان الغليظ في الرقيق والصوف في الصوف لأجل وهو يختلف ولا يجوز بعضه ببعض.

قُلتُ: يريد بقوله: لأنه نوع واحد أن الصنعة المفارقة لغو فصار ما قامت به كما لم تقم به، وقوله: (ولو جازت... إلخ) دليل صدق الملازمة، مقدمتان حذفتا للعلم بهما واضح صدقهما.

الأولى: الحديد الذي يخرج منه السيوف كالحديد الذي لا يخرج منه؛ إذ لا يجوز

سلم أحدهما في الآخر.

والثانية: حكم أحد المتساويين حكم الآخر.

والثانية متفق عليها، وفي الأولى اختلاف.

اللخمي: الموزون من حديد وصوف وكتان غير مصنوع نوع واحد وإن تباينا في الجودة.

قال ابن القاسم: الحديد الذي تعمل منه السيوف والحديد الذي لا تعمل منه والصوف الذي يعمل منه السيجان العراقية والأسوانية، وما لا يعمل منه ذلك والكتان كذلك كل منها نوع واحد، وهذا حماية لئلا يتذرع بها يتباين لما يتقارب والقياس الجواز، وأصل المذهب أن ما يتباين اختلافه من الجنس الواحد، وقصد من أحدهما خلاف ما يقصد من الآخر جواز سلم أحدهما في الآخر كما هو في الحيوان والثياب.

قُلتُ: في تهذيب الطالب أجاز سَحنون الحديد الذي لا يخرج منه السيوف في سيوف إلى أجل وله أنه لا يجوز سلم سيف في سيفين بحال.

قُلتُ: فيلزم منه جواز سلم حديد لا يخرج منه سيوف في حديد تخرج منه.

اللخمي: وتعليل المنع بأنه يمكن أن يعمل من الدنيء مثل الجيد إذا بولغ في عمله خلاف نص ابن القاسم بمنع سلم الصوف في الصوف وإن كان يعمل من أحدهما ما لا يعمل من الآخر أبدًا.

ابن حارث: قال فضل عن يحيى بن عمر: يجوز سلم سيوف في حديد كثوب كتان فيه ووافقني عليه البرقي.

فضل: وقول ابن القاسم أشبه بأصولهم؛ لأن السيوف قد تكسر فتصير حديدًا.

قلت؛ كذا نقله ابن حارث في حديد من غير تقييده بكونه لا يخرج منه سيوف ونقله اللخمي مقيدًا به، وزاد: ومنعه سَحنون، وقال: ليس ضرب السيوف صنعة تخرجه عن الحديد؛ لأنه يعاد حديدًا، قال: والأول أحسن، وليس إعادة السيف حديدًا بفعل عاقل، ويعاقب فاعله؛ لأنه فساد وإضاعة مال، وإن كان ذلك مبلغ عقله وتمييزه حجر عليه.

ابن بشير: المشهور منع سلم سيوف في حديد لا يخرج منه، وأجازه البرقي ويحيى بن عمر، وأخذه اللخمي من قولها: لا بأس بتور نحاس به نقدًا، قال: فجعل الصنعة تخرجه عن الجنس، وقوله غير صحيح من وجهين:

الأول: أن المذهب منعه على أن غير المصنوع إذا كان يخرج منه المصنوع لم يجز وما ذكره من مسألة المدَوَّنة هذه لم يفرق فيه بين كونه مما يخرج منه أو لا.

الثاني: أن حكم النقد يخالف حكم الأجل اتفاقًا يجوز ثوب بثوبين نقدًا لا لأجل.

ابن الحاجب: والمصنوع يعود معتبر فيهما.

ابن هارون: وهذا أحسن إذا قدم الأصل، وأما عكسه فمذهب المدَوَّنة المنع وأجازه يحيى بن عمر والبرقي.

ابن عبد السلام: ضمير فيهما عائد على صورتين: تقديم الأصل في المصنوع، وعكسه واعتبار الأجل في الأول ظاهر، وهو أن يكون الأجل لا يسع أن يصنع فيه مثل المصنوع خوف سلم الشيء فيما يخرج منه.

قُلتُ: قول ابن هارون هذا إذا قدم الأصل حسن وقبوله ابن عبد السلام أيضًا لا أعرفه معزوًا لنص ولا لتخريج، ولكنه من حيث كونه لأجل لا يمكن فيه خروج المسلم فيه منه كسلم حديد لا يخرج منه سيوف في سيوف وقد تقدم عزو عبد الحق إجازته لسَحنون، وفي أخذه من متقدم سلم كتان في ثوبه لأجل لا يخرج منه فيه نظر؛ لأن صنعة النسج غير مفارقة وصنعة المتكلم فيه تفارقه.

وفيها: لا خير في سيف في سيفين دونه لتقارب المنفعة إلا أن يبعد ما بينهما في الجودة والقطع كتباعده في الرقيق والثياب فيجوز.

اللخمي والصقلي: ومنعه سَحنون الصواب الأول.

الصقلي عن محمد: الحديد جيده ورديئه صنف، حتى يعمل سيوفًا وسكاكين فيجوز سلم مرتفعها في غير المرتفع، وكذا ما صنع منه سيوفًا وسكاكين ومرايا وغير ذلك إذا صار أصنافًا مختلفة المنافع وكذا النحاس، وتقرر فيما تقدم أجناس الحيوان وسلم بعضها في بعض وما في الضأن والمعز، وقول ابن لبابة في الزكاة: أنهما جنسان والطريقان في الأوز والدجاج، وفي كون البغال والحمير جنسًا أو جنسين قولان لها،

ولابن حبيب.

اللخمي: الأول أحسن لتقارب منافعهما ولا يفترقان إلا من باب الجودة أو الدناءة البغال في معنى الجيد والحمير في معنى الدنيء.

المتيطي: قال أَصْبَغ والبرقي كقول ابن حبيب.

قال فضل: تكلم ابن حبيب على حمر الأندلس وابن القاسم على حمر مصر وأجاب عبد الحق عن معارضة قولها في السلم بقولها في القسم لا يجمع البغال مع الحمير في القسم بالاحتياط في الحكمين، ونقضه غير واحد من المتأخرين بقولها في القسم يجمع ثياب الكتان والصوف والحرير في القسم ويسلم بعضها في بعض والحق أن هذه مشكلة والصواب عدم الجمع.

وفيها: ثياب القطن لا يسلم بعضها في بعض إلا غلاظها في رقيقها، وكذا ثياب الكتان، وفي ثالث سلمها من لك عليه ثياب فرقبية جاز بيعها منه قبل الأجل بما يجوز أن تسلف فيها من الثياب المروية والهروية إذا انتقدت ذلك ولم تؤخره.

عياض: خرج منه أئمتنا جواز سلم رقيق الكتان في رقيق القطن، خلاف قول بعضهم وهو قول مالك في المنتخبة: قال: لأنه رقيق كله وليس في المدَوَّنة ما يستدل به إلا هذا وعزا اللخمي المنع لأشهب، قال: وهو أحسن.

قال: وثياب الكتان والصوف والحرير يسلم بعضها في بعض لاختلاف منافعها ويسلم ما استوت جودته بعضه في بعض لاختلاف منافعها كالعمائم والأردية.

قُلتُ: وأخذ بعضهم قول أشهب من قولها في البغال والحمير، ومنهم من فرق باتحاد المنفعة أو تقاربها فيهما واختلافها في الثياب.

ابن بشير: إن تباين الجنس دون المنفعة فالمذهب المنع، وقد يظن أن فيه قولين من قولي ابن القاسم وأشهب في سلم جيد الكتان في جيد القطن أجازه ابن القاسم وأخذ له من إجازته في السلم الثالث فيمن له ثياب فرقبية وهي رقيق ثياب الكتان إلى أجل يجوز له بيعها من غير من هي عليه بثياب قطن هروية أو مروية وهي من رقيق ثيابه؛ لأنه يشترط في هذا البيع شرط السلم، ومنعه أشهب وليس كما ظن؛ لأن الخلاف في هذا الفرع خلاف في شهادة هل المنافع متساوية أم لا؟ قلت: بهذا وجه المازري

قوليهما.

وفيها: إن أسلم فسطاطية في فسطاطية معجلة ومروية مؤجلة جاز، ولو عجلت المروية وأخرت الفسطاطية لم يصلح لأنه قرض بزيادة مروية.

اللخمي: إن أسلم فسطاطيًا في فسطاطيين مثله أحدهما معجل والآخر مؤجل فأجازه ابن القاسم ومنعه سَحنون.

محمد: اضطر المخزومي طرد القياس فيه لأشهب حتى أجاز دينارًا بدينارين أحدهما مؤجل يريد إن قصد بذلك المعروف كدينار بأوزن منه، ويجوز على قوله:أن يكون الأوزن هو المعجل وجوازه في الثياب أحسن وإنما يمنع من ذلك ما يقصد فيه إلى فساد فإن اختلفوا في الجودة، والمنفرد مثل المعجل من الثوبين أو أدنى جاز، وإن كان أجود من المعجل ومثل المؤجل أو أدنى لم يجز وهو سلف بزيادة هي المعجل مع فضل المؤجل إن كان أجود وإن كان المنفرد أجود منهما جاز وهي مبايعة.

المازري: في جمل بجملين مثله أحدهما نقدًا والآخر مؤجل روايتان بالجواز والكراهة بالأولى أخذ ابن القاسم، وبالثانية أخذ ابن عبد الحكم، وقال -أي سَحنون: هذا الربا، وعزا ابن محرز الروايتين لابن عبد الحكم، قال ابن عبد الحكم وكراهته أحب إليَّ.

ابن محرز: وقول ابن القاسم في الجملين إذا تساويا الجواز، وأرى أن المنفرد إذا لم يكن فيه فضل عن المعجل فقد استغرقه، ولم يبق فيه تعلق بالمؤجل ولو خالف المعجل من الجملين المنفرد حتى اختلفت الأغراض فيهما تعلق المنفرد بهما معًا كان المعجل منهما زيادة في السلف، والتزم أشهب للمغيرة على ما أجازه من الجمل بالجملين جواز دينار بدينار مثله نقدًا ودينار لأجل لانحصار عوضية المنفرد بالمعجل، بخلاف كونهما معجلين لعموم عوضيته فيهما، ومن المذاكرين من يلزم أشهب ذلك، وإن كان الديناران نقدا وهذا لم يقله ولا أحد من فقهاء الأمصار وربما استدل من مذهبه على مصيره لذلك، بقوله في صلح المرأة ورثة زوجها عن دنانير بدنانير من أموالهم قدر ميراثها وترك الميت عروضًا أن الصلح جائز وهو بيع ذهب بذهب وعروض وليس كما توهم على أشهب. ومعنى المسألة أن الدنانير المتروكة كانت بيد الورثة، وإذا كانت

بأيديهم فإن كانت مضمونة عليهم فإنما قضوا بدفعهم ما كان في ذمتهم، وإن كانت في أمانتهم فقد ذكر محمد عن أشهب أنه لا بأس لمن كانت عنده دنانير وديعة في بيته أن يدفع بدلها من ماله فعلى هذا إجازة أشهب. مسألة الورثة، فإن قيل: إنما أجاز أشهب مسألة الوديعة لأنها في يده فصارت كالمقبوضة وهنا أمر زائد على القبض والمناجزة وهو التفاضل بين الذهبين، قيل: إن ثبت أن هذا هو علة أشهب في الوديعة حملنا مسألة الورثة على أنهم ضمنوه بتعديهم.

ابن بشير: جرت في مسألة الجملين مناظرة بين المغيرة وأشهب والتزم أشهب الجواز فألزمه المغيرة ذلك في دينار بدينارين فالتزمه وقد لا يلزمه؛ لأن باب الربا أضيق من غيره، فقد تقدر المقابلة في سلم العروض لأجل والإجماع على منع ذلك في الربويات واختلف الأشياخ هل يلزم أشهب ذلك في الدنانير نقدًا فألزمه ذلك بعضهم وأباه بعضهم، وذكر ابن الحاجب هنا أن أشهب هو الذي ألزم المغيرة بيع دينار بدينارين وأن المغيرة هو الملتزم وكذا في تنبيه ابن بشير في كتاب الصرف وللمازري في كتاب الصلح وفي بعض نسخ ابن الحاجب بالعكس وكذا في تنبيه ابن بشير في كتاب الصرف في السلم الأول، وكذا ذكره المازري وابن محرز، وظاهر لفظ اللخمي الأول فتأمله.

ابن رُشْد: السلم في الصناعات على قول ابن القاسم: إن لم يشترط تعيين العامل ولا ما يعمل منه المصنوع فحكمه كالسلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل، وتقديم رأس المال وعكسه شرط تعيينهما ليس بسلم إنما هو بيع وإجارة في المبيع إن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو يمكن إعادته للعمل أو عمل غيره من الشيء المعين فيه العمل جاز على الشروع في العمل أو على تأخير الشروع لثلاثة أيام ونحو ذلك، فإن كان على الشروع جاز بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وإن كان على تأخيره لثلاثة أيام لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع، وإن لم يشترط عمله بعينه ويعين ما يعمل منه فهو أيضًا من البيع والإجارة في المبيع إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام فتعجيل النقد وتأخيره، وإن اشترط عمله ولم يعين ما يعمل منه، لم يجز بحال لأنه يجتذبه أصلان متناقضان: لزوم النقد؛ لأن ما يعمل منه

مضمون وامتناعه لاشتراط عمل العامل بعينه.

قُلتُ: وقرر اللخمي القسم الثاني بقوله: إن كان لا تختلف صفة خروجه كشراء القمح على أن يطحنه البائع والزيتون على أن يعصره يأخذه منه كيلًا معلومًا، أو الثوب على أن يخيطه أو تختلف، ويمكن عوده لحالته الأولى فيصنع على الصفة المشترطة جاز فيهما، وذلك كالحديد والرصاص إلا أن يشتري جملة الحديد والرصاص فلا يجوز؛ لأنه كلما أعيد نقص فلا يقدر أن يعمل في الثاني إلا دون الأول وإن كان يختلف خروجه، ولا يعاد لهيئته الأولى لم يجز كالثوب يشترط صبغه والغزل يشترط نسجه، والعود يعمل تابوتًا أو بابًا، ولو كثر الغزل واشترط إن أتى ناقصًا على الصفة عمل من بقيته حتى يأتي على الصفة جاز، واختلف في جواز استئجار الأجير على أن يأتيه بالغلة فعلى جوازه يجوز شراء الثوب على أن يصبغه، وقيل: لا يجوز شراء سلعة على أن البائع يبيعها لمبتاعها، وكل ذلك جائز على جواز الاستئجار للغلة.

قُلتُ: قوله: ولو كثر الغزل إلى قوله: جاز يرد بالغرر الناشيء عن جهل الأجير بماذا يستحق عوض عمله هل بصنعه المصنوع مرة أو مرتين؛ ولذا لم يذكره ابن رُشْد مع تأخره عنه، والله أعلم، وذكره ابن بشير غير معزو له ولم يتعقبه.

وفي اتفاقهم على المنع في المختلف خروجه، مع اتفاقهم على جواز الإجارة عليه نظر، لأن احتمال اختلاف الخروج إن أوجب غررًا أفسد عقده مطلقًا وإلا فلا، فإن قيل: هذا الغرر في مجرد عقد الإجارة مضطر إليه فألغى تأثيره الفساد فيه.

وفي عقد بيع مادة المستأجر عليه غير مضطر إليه فاعتبر تأثيره فيه، ولذا منعه سَحنون مطلقًا، قيل يلزم على هذا منع العقد على البيع والإجارة في غير المبيع.

قال اللخمي: وعلى الجواز إن هلك القمح قبل طحنه أو الثوب قبل خياطته أو الحديد قبل صنعه، فإن هلك ببينة أو دونها، والبائع غير منتصب لتلك الصنعة حلف على ضياعه ولم يضمنه، وحط عن المشتري قدر الصنعة وإن كان منتصبًا لتلك الصنعة ضمنه بالقيمة لا الثمن؛ لأن التمكين في المبيع تقدم، وإنما بقي لموضع الصنعة، وعلى المشتري ما ينوبه من الثمن، ويحط عنه مناب الصنعة كما تقدم، وأما الزيتون فضمانه من بائعه، ولو قامت بتلفه بينة لأجل حق التوفية بالكيل، ولو لم يسلم في الغزل على أن

ينسج واشتراه على أنه إن خرج على ما وصف أخذه، ونقد وإن خرج على غير ذلك كان لبائعه جاز.

ابن بشير: إن كان الصانع معينًا والمصنوع منه غير معين والصانع لا يفتر عن العمل غالبًا كالقصاب والخباز جاز الشراء منه وحكموا له بحكم النقد لما كان الغالب وجوده فهو في حكم المعين ومتى تعذر شيء من هذا وجب الفسخ فيه وظنه اللخمي سلما على الحلول فأخذ منه ذلك، ومقتضى الروايات خلاف ما قال: إنما هو بيع نقد ولا يفتقر إلى أجل السلم، وإن كان العامل لا يستديم عمله فقد أجازوه للضرورة على حكم السلم يشترط فيه أن يكون أجل المسلم فيه يبقى إلى أجل السلم فأكثر، ويقدم رأس المال وإن تعذر فيه شيء منه تعلق بالذمة، وكان كالصانع يبيع مصنوعًا كثيرًا على أن يبتدئ في الأخذ منه يوم العقد أو بعده بالزمن اليسير وإن كان المصنوع منه معينًا والصانع غير معين فمقتضى الفقه أنه هذا الذي فرغنا منه في الصانع يبيع ما ارتفع من صنعته، وما لم يرتفع؛ لأن هذا إنما يجوز إذا كان الصانع غير معين.

قُلتُ: ما ذكره من السلم للقصاب والخباز في قسم تعيين الصانع وعدم تعيين المصنوع منه خلاف ما ذكره فيه الأشياخ من أنه مجرد سلم لذي صنعة في مصنوعه لا بقيد تعيين المصنوع منه.

وما تقدم لابن رُشْد من قوله إن اشترط عمله ولم يعين ما يعمل منه لم يجز بحال فيه نظر لقولها في كتاب الجعل والإجارة، قال مالك: من استأجر من يبني له داره على أن الآجر والجص من عند الأجير جاز.

قُلتُ: لم جوزه ولم يشتر شيئًا من الجص والآجر بعينه؟ قال: لأنه معروف عند الناس.

قُلتُ: أرأيت السلم هل يجوز فيه إلا أن يضرب له أجلًا وهذا لم يضرب للآجر والجص أجلًا؟ قال: لما قال له: ابن لي هذه الدار فكأنه وقت له، وقت بنيانها عند الناس معروف فكأنه أسلم إليه في جص وآجر معروف إلى وقت معروف، وإجارته في عمل هذه الدار فلذلك جاز، وقال غيره: إن كان على وجه القبالة ولم يشترط عمل يده فلا بأس إذا قدم نقده.

قُلتُ: ظاهر المسألة خلاف نقل ابن رُشْد عن المذهب، إن العقد على تعيين العامل وعدم تعيين المعمول منه أنه غير جائز ووفاق لنقل ابن بشير.

الصقلي: قول الغير خلاف لابن القاسم؛ لأن ابن القاسم يجيز ذلك في عمل رجل بعينه؛ لأنه يشرع في العمل كإجارته على خدمته سنة؛ ولذا قال في الحمالة: إن دفعت لخياطٍ ثوبًا على أن يخيطه بنفسه جاز.

وقال بعض القرويين: إنما يصح قول ابن القاسم على أن يكون الأجير صاحب صنعة عمل الآجر والجص فيصير تأخير النقد جائزًا كالشراء من الجزار والخباز كل يوم خبزًا ولحمًا، والثمن مؤخر فعلى هذا يجوز قدم النقد أو أخره، ويشرع في العمل أو يكون المأخوذ منه من الجص والآجر شيئًا شيئًا يطول أخذ جملته حتى يكون المعجل منه يسيرًا في جنب ما يأخذ منه لا قدر المعجل منه لكثرته فيجوز لأنه قد تأخر كله لمثل أجل السلم. وإنما قلنا ذلك؛ لأنه في عمل رجل بعينه والآجر والجص في ذمته مضمونًا، والمضمون يجب تأخيره لأجل السلم، ويكون جميع ما ينوب ذلك وما ينوب إجارته نقدًا لأنه لو تأخر من ذلك شيء كان قد تأخر منه قدر مما ينوب الآجر والجص ولا يقدر أن يخص ما ينقده بهما وإن نقد الجميع لأجل منابهما مع وجوب تأخر اقتضائهما لأجل السلم لزم تأخير عمل الأجير لذلك مع انتقاد إجارته وذلك لا يجوز.

قُلتُ: بعض القرويين هو التونسي، وهذا المعنى هو الذي أشار إليه ابن رُشْد بتعليل المنع بالتناقض والتعقب عليه بإطلاقه المنع فيه دون تفصيل الحال في المسلم إليه. ولما ذكر المتيطي قول الغير في المدَوَّنة قال: ونحوه لعبد الملك في الثمانية.

قال ابن أبي زَمَنَيْن: هذه المسألة لا تحتمل النظر وجوازها استحسان، كذلك قال سَحنون، وإن وقع العقد بتسمية الثمن دون شرط نقده ولا تأخيره نقد منه ما قابل الآلة، وكلما عمل شيئًا دفع له بقدره.

قُلتُ: هذا خلاف قول التونسي لا يقدر أن يخص ما ينقده بالآلة ففي جواز السلم في سلم معين صانعه دون مادته ومنعه ثالثها: إن كان المسلم إليه من أهل حرفة صنعته أو قل ما يعجل منه لضرورة الشروع في العمل قبل مضي أقل مدة أجل السلم بالنسبة للباقي من المادة، ورابعها: إن نقد منابها فقط لظاهرها مع حملها عليه.

ابن أبي زَمَنَيْن وابن رُشْد والتونسي، والمتيطي، وتمام الكلام في السلم لذوي الحرف في فصل شرط الأجل.

وشرطه بتعلقه مبيعه بالذمة لازم:

الباجي: اتفاقًا.

[باب في الذمة]

ابن عبد السلام: الذمة أمر تقديري يفرضه الذهن لا ذات ولا صفة لها.

قُلتُ: يرد بلزوم كون معنى قولنا إن قام زيد ونحوه ذمة والصواب في تعريفها أنها ملك متمول كلي حاصل أو مقدر عنه ما أمكن حصوله من نكاح أو ولاية أو وجوب حق في قصاص أو غيره مما ليس متمولًا؛ إذ لا يسمى ذلك في العرف ذمة[1].

---

(1) قال الرَّصاع: إنما احتاج إلى تعريف الذمة؛ لأن السلم من شرطه أن المبيع فيه يتعلق بالذمة.

(فإن قلت): ما معنى تعلقه بذمة أو قولهم المسلم فيه في الذمة.

قُلتُ: ذلك مجاز وما فيه من الظرفية فيها تجوز لا شك فيه وإنما الذمة أمر تقديري وليس بذات قائمة يكون فيها شيء ولا صفة حالة في موصوفها ولكنها من التقادير الشرعية التي صير فيها المعدوم موجودا.

(فإن قلت): ما معنى الملك في الجنس هل المراد به الشيء المتملك أو استحقاق التصرف في المتملك وهو الذي عرف به الملك بعد فإن كان الأول فكيف يقال أن الذمة متملكة وإنما المتملك ما فيها لا هي وإن أريد الاستحقاق المذكور في حد الملك فكذلك؛ لأن الذمة ليست هي الاستحقاق.

قُلتُ: كان يعرض لي ذلك وكنت أقول صوابه ذات ملك متمول كلي لأن الملك مضاف إليها أي ذات يضاف لها ملك أي استحقاق تصرف في متمول قوله كلي احترز به من الملك الجزئي وهي القابلة للإلزام والالتزام والله أعلم بقصده ويقال: أنه أطلق الملك على الحق وفيه بحث وقصد بمتمول إخراج الأمور المتملكة الغير المتمولة من الحقوق غير المالية من حقوق النكاح أو وجوب القصاص.

(فإن قلت): وما معنى قوله: أو ولاية.

قُلتُ: يعني كولاية النكاح في الإعطاء والجبر عليه؛ لأنها حقوق غير مالية.

(فإن قلت): وما معنى قوله حاصل أو مقدر.

قُلتُ: لعله أشار إلى أن المتمول الكلي إما حاصل بالفعل أو بالإمكان وإنما أخرج ما ذكر قال: لأنه لا يسمى ذلك في عرف الفقهاء ذمة.

=

وفي طرر ابن عات في ترجمة السلم في ثمر حائط بعينه: من استسلف مالا وأخذ سلمًا، وقال: أؤدي إليك من مالي من قرية، كذا فحيل بينه وبين ماله ذلك فطلبه المسلم بدينه فأفتى صاحب المظالم أبو عبد الله بن عبد الرؤوف، وابن الشقاق، وابن دحون وغيرهم بلزوم أداء دينه.

وأفتى أبو المُطَرِّف عبد الرحمن بن بشر: أنه لا يلزمه أداء دينه إلا من ماله بتلك القرية فعرض جوابه هذا على الفقهاء المذكورين فرجعوا إليه عن جوابهم الأول واحتج لجوابه بسماع أشهب وابن نافع في الرجل يتعين في عطائه فيحبس العطاء وله مال فيه وفاء لما عليه من تلك الغيبة إنه لا يؤخذ ذلك من ماله.

قال ابن سهل: أخبرني بجميعه أبو مروان بن مالك فذكرت ذلك المعينة أنه لابن عتاب قال لي: لا أذكر أنها نزلت عندنا، وينبغي أن لا يجوز كما قال ابن القاسم في الرواحل والدواب من المدَوَّنة فيمن ابتاع سلعة بدنانير له معينة غائبة، ولم يشترط خلف الدنانير إن ضاعت، قال: وليس مسألة العطاء من ذلك؛ لأن العطاء كان مأمونًا.

قُلتُ: فالحاصل أن في النازلة المذكورة ثلاثة أقوال:

صحة البيع والقضاء بغرمه من عموم ماله.

وصحته وقصر القضاء على المال المشترط القضاء منه.

وفساد البيع، وأخذه ابن عتاب من مسألة الدنانير الغائبة، يرد بأن التعيين فيها أشد منه في النازلة المعينة؛ لأن مسمى ماله في قرية كذا وسماها ابن سهل بها أحرفه،

(فإن قلت): هل صوابه أن يقال: لأنه لا يسمى ذلك ذمة أو في ذمة.

قُلتُ: الصواب مما ذكر وانظر القرافي في شرحه فإنه عرف الذمة بغير هذا ومن لازم الذمة أن المتقرر فيها كلي لا جزئي وبنى الفقهاء عليه مسائل وأن مصيبة ما كان في الذمة قبل القبض من المدين حتى يقبض ذلك صاحب الدين.

(فإن قلت): رسمه للدين غير منعكس بما قال الغير في المدَوَّنة؛ إذا اشترى سلعة بدنانير غائبة قال: يضمنها إذا تلفت وتعلقت بالذمة فالذمة هنا ملك متمول جزئي لا كلي؛ لأن الدنانير معينة.

قُلتُ: قول ابن القاسم أن الضمان إنما هو مع شرطه لا في غير ذلك والغير كأنه ألغى التعيين فالذمة متمول كلي فالحد يصدق عليهما معا والله سبحانه الموفق للصواب.

وهو أوسع من الدنانير المعينة.

قُلتُ: مسألة سماع أشهب هي في رسم الأقضية من كتاب المديان.

قال ابن رُشْد: (تكررت في آخر السماع)، ومعناها: أنه حكم للعطاء بحكم الدين الثابت في ذمة في أن مصيبته ممن اشتراه إن مات من عليه الدين أو فلس، ومعناه في العطاء: المأمون فإن اشترى سلعة بدين على أن يقضيه من عطائه إذا خرج فلم يخرج بطل حقه، وإن خرج بعضه حل عليه من الدين بقدره على ما في آخر السماع، وكذا لو اشترى العطاء فلم يخرج لم يكن له على هذا القول شيء، وقيل: إن تعين في عطائه أو باعه كان ذكر العطاء كالأجل وتعلق ذلك بذمته إن لم يخرج العطاء أو مات قبل خروجه واختاره محمد ورواه أشهب في الواضحة وهو الآتي على قول الغير

فيها: فيمن اشترى سلعة بدنانير له غائبة أنه يضمنها إن تلفت وإن لم يشترط الضمان، وعلى قول ابن القاسم فيها لا يجوز التعيين في العطاء إلا بشرط الخلف، فيتحصل ثلاثة أقوال:

الأول: لا يجوز البيع إلا بشرط الضمان إن لم يخرج العطاء.

والثاني: الجواز والحكم الضمان.

والثالث: الجواز ولا يلزمه ضمان.

وأما العطاء غير المأمون فلا يتعين فيه حق باتفاق، ويختلف في جواز ذلك بغير شرط الخلف على قولين، ويحتمل حمل هذه الرواية على العطاء المأمون، وما في الواضحة، وقول محمد علي غير المأمون فلا يكون في المسألة اختلاف إلا في جواز البيع، بغير شرط الخلف في غير المأمون.

قُلتُ: فالحاصل أن معنى مسألة سماع أشهب إنما هو راجع إلى بيع العطاء نفسه دون تعلقه بذمة بائعه فصار. كبيع دين على مدين حسبما نص عليه ابن رُشْد بقوله: حكم العطاء بحكم الدين الثابت في الذمة، وذلك خلاف ما فهمه منها أبو المُطَرِّف مستدلًا به على فتواه في النازلة المذكورة، لا يتصور فيها معنى بيع الدين؛ لأن العطاء مأخوذ من غير بائعه؛ فلذلك صار كأنه في ذمة أو كسلعة غائبة مأمونة، فانحصر تعلق البيع والعوضية به والعين، لا تنافي تعلق البيع بها من حيث تعيينها مع أمنها والنازلة

المذكورة هي سلم على أن يدفعه من ماله بقرية كذا، وهذا يمنع كونه كبيع دين؛ لأن طلبه إنما هو من بائعه لا من غيره، والدين المبيع إنما يطلب به غير بائعه، ويمتنع كونه كبيع سلعة غائبة؛ لأن السلعة الغائبة يمتنع السلم فيها لامتناعه في المعينات اتفاقًا حسبما قاله الباجي، وإذا بطل الأمران فيها لزم تعلق البيع فيها بذمة البائع وكلما تعلق بالذمة لزم تعلقه بكل مملوك لذي الذمة، والعجب من ابن عات في عدم ذكره كلام ابن رُشْد مع كثرة نقله عنه.

الباجي: وكون المسلم فيه موجودًا، عند حلول أجله شرط فيها ما ينقطع من أيدي الناس في بعض السنة من الثمار الرطبة وغيرها لا يشترط أخذ سلمه إلا في إبانه وإن شرط أخذه في غير إبانه؛ لم يجز؛ لأنه شرط ما لا يقدر عليه.

ابن بشير: وشرط أبو حنيفة كونه مقدروًا على تسليمه في جميع أثناء الأجل لئلا يموت المسلم إليه في أثنائه فيجب تعجيله، وعندنا خلاف في مراعاة الطوارئ البعيدة فيجري هذا الشرط على رعيها.

ابن عبد السلام: في هذا نظر لاحتمال اتفاق أهل المذهب على إلغاء احتمال الموت والفلس في هذا، وإن اختلفوا في مراعاة الصور النادرة لاحتمالها شهد الشرع بإلغائه في الأجل لجواز البيع إلى أجل طويل إذ لو روعي ذلك الاحتمال كان الأجل غير منضبط فيكون العقد ذا غرر فيمنع وهو باطل قطعًا.

قُلتُ: رده بقوله: لاحتمال اتفاق أهل المذهب على إلغاء احتمال الموت والفلس لا يخفى ضعفه لأن احتمال الاتفاق لا يوجب ثبوته؛ لأنه من جملة أفراد القضية الضرورية القائلة احتمال الشيء لا يوجب ثبوته وهي بديهية وربما برهنت باستلزام نقيضها المحال وهو اجتماع الضدين والنقيضين، ورده ثانيًا بقوله: شهد الشرع بإلغاء هذا الاحتمال إلى آخره، يرد بأنه إنما ألغاه لتعذر المنجي منه في أمر حاجي أو ضروري وهو البيع بثمن مؤجل وصورة النزاع المنجي منه ممكن وهو دوام وجود المسلم فيه مدة الأجل.

وفيها: لا يجوز السلم في نسل حيوان بعينه من الأنعام والدواب بصفة وإن كانت حوامل إنما يكون السلم في الحيوان مضمونًا لا في نسل حيوان بعينه.

اللخمي: لأنه إن لم يوجد بتلك الصفة كان رأس المال تارة سلفًا وتارة بيعًا،

ويجوز إن لم يقدم رأس المال وقرب الوضع إن خرج على الصفة أخذه، ودفع الثمن وإلا فلا بيع بينهما ويختلف إن بعد الوضع لموضع التحجير، فأصل ابن القاسم جوازه وأصل غيره منعه.

قُلتُ: هذا إشارة إلى قوليهما في عقد الكراء على أرض البعل غير المأمونة في أكرية الدور والأرضين فيها وهذا على أصله في إجازته بيع ما فيه غرر إذا وقف ثمنه وكرره في مواضع، ومثله قول المازري إن شرطا وقفه الثمن فإن خرج الجنين على الصفة المشترطة تم البيع جري على القولين المشهورين فيمن اكتري أرضًا غرقة ووقف الثمن لاختبار انكشاف الماء وفيمن اكترى دابة بعينها على أن لا يركبها إلا إلى أجل بعيد بشرط وقف الثمن.

ورأى السيوري: إذا بيعت الثمرة قبل الزهو بشرط التبقية على وقف الثمن لاختبار سلامتها جاز بيعها كذلك، وهو ظاهر التعليل في قوله ﷺ: أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟[1] وهذا يجري على القولين في الأرض والدابة.

وقال ابن شاس: لا يجوز السلم في نسل حيوان بعينه ولو وصف، نقد أو لم ينقد.

وقال السيوري: إن لم ينقد وشرط إن وافق الصفة تم البيع جرى على القولين في الأرض الغرقة.

قُلتُ: الصواب منع تخريج الجواز في مسألة السلم في نسل حيوان بعينه مما ذكروه. وفي الثمر قبل زهوه على التبقية، ووقف الثمن لقيام دليل المنع وفساد التخريج فيهما أما دليل المنع، فالأحاديث الدالة على فساد بيع الغرر إذ لا خفاء في وجوده في مسألة نسل الحيوان وهو الغرر الناشيء عن احتمال حصوله بالصفة المشترطة وعدمه.

وفي مسألة السيوري: الغرر الناشئ عن احتمال سلامة الثمرة وفساده ونفي علة فساده المشار إليها في الحديث بوقفه لا نفي مطلق علة فساده بغيرها وهو الغرر اللاحق

---

(1) أخرجه البخاري: 278/3 في الزكاة، باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه، و302/5 في البيوع باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ومسلم: رقم (1555) في المساقاة، باب وضع الجوائح.

للمبتاع في وقفه ماله لأمر يحتمل حصوله وعدمه، وفساد تخريجه من قول ابن القاسم فيها في الأرض الغرقة والدابة المعينة بالفرق بينهما وبين صورة النزاع، وذلك أن البيع يقتضي لذاته تعلقه بعوضين ويستحيل تقرره بأحدهما والعوضان في مسألة الأرض حاصلان؛ لأن الأرض حاصلة في ملك مكريها فصح تقرر عقد الإجارة لتقرر عوضيها حاصلين، وكذا في الدابة المعينة والغرر إنما تعلق بصفة العوض وهو انكشاف الماء عن الأرض واستمرار سلامة الدابة وهما خارجان عن ذات العوض، والغرر في صورة النزاع متعلق بذات المبيع وهو نفس النسل المسلم فيه لعدم تقرره في ملك البائع له حين العقد عليه، ولا يلزم من إلغاء الغرر المتعلق بأمر خارج عن ذات العوض إلغاء الغرر المتعلق بذات العوض ونحو هذا مذكور في مسألة كراء الأرض.

ابن شاس: لو كان في نسل نعم كثيرة لا يتعذر الشراء منها جاز.

قُلتُ: ظاهره: أنه هو المذهب وظاهر المدَوَّنة منعه مطلقًا هنا وفي الزكاة الثاني في السلم إلى الساعي ويتخرج جوازه من قول بعض الشُيُوخ يجوز السلم في ثمر قرية صغيرة لمن لا ملك له فيها إن كان الغالب بيع بعض أهلها قدر ذلك.

قُلتُ: لا يجوز السلم في ثمر حائط بعينه قبل زهوه ولو شرط أخذه رطبًا فإن أزهى جاز بشرط أخذه رطبًا لا تمرًا؛ لأن مدة إرطابه، وغرر بعد مدة صيرورته تمرًا، وتأجيل قدر ما يأخذه مفرقًا وكله إن شرط أخذه دفعة؛ لأن محله البيع لا السلف، والشروع في أخذه أو لأيام قليلة وتأخيره خمسة عشر يومًا قريب، وكون الحائط في ملك المسلم إليه ولو انقطع ثمر الحائط قبل تمام قبض الثمر ففي مضي ما قبضه بمناب قيمته من الثمر في أوقاته كالأكرية أو بقدره كجائحته في شراء جميعه، قولان، لابن محرز عن ابن شبلون، مع اللوبي وعبد الحق عن القابسي وابن محرز عن ابن مزين عن عيسى بن دينار.

اللخمي: إن كان شرط أخذه في يومين فعلى القدر، وإلا فعلى القيم، وسمع أشهب إن شرط أخذه رطبًا فأثمر قبل أخذ جميعه لم يأخذ بقيته تمرًا؛ لأنه بيع رطب بتمر.

ابن محرز لتهمتهما على تعمدهما تأخيره وكذا ما يتهمان عليه ولو أجيحت ثمر

الحائط جازأخذه ما تراضيا عليه من عين وطعام وغيره لنفي التهمة، ويراعى في أخذه السلامة من فسخ الدين في الدين والصرف المستأخر وسلف جر نفعًا. والفرق بين منع شراءه ثمر الحائط كيلا على تركه ليصير تمرًا، وجواز شرائه جزافًا على ذلك أن ضمان المكيل من بائعه فيما قل أو كثر والجزاف لا ضمان على البائع فيه إلا ضمان الجائحة، فكان الغرر في الجزاف يسير فلم يمنع صحة البيع، وكثر في المكيل فمنع، ويعتبر هذا المعنى بجواز النقد في عهدة السنة لقلة الغرر وكراهته في عهدة الثلاث لكثرته.

قُلتُ: في هذا التعليل نظر؛ لأن الضمان، مهما قل في حق البائع كثر في حق المشتري وكذا العكس فإن أوجبت الكثرة الغرر لزم مطلقًا ولأجل هذا وهم ابن بشير في هذه المسألة، فاعتقد المذهب على عكس ما نقله ابن محرز، فقال ما نصه: وهل يجوز أن يشتري بعد الزهو ويشترط أخذه تمرًا، أما إن اشترى مكيلة فيجوز ذلك، وإن اشترى جملة الحائط فلا يجوز، والفرق كثرة الغرر مع اشتراء الجملة؛ لأن الضمان من المشتري إلا حكم الجائحة، وقلة الغرر إذا اشترى مكيلة؛ لأن الضمان من البائع، وأراد اللخمي المساواة بينهما وليس كما قال.

قُلتُ: ألفاظ المدَوَّنة كالنص في أن الحكم ما قاله ابن محرز، وما نقله عن اللخمي من المساواة لم أجده في تبصرته، وإنما سوى بين الشراء على الكيل والجزاف في شراء الزرع بعد أن أفرك، وأشار في المدَوَّنة إلى الفرق بأنه إذا اشترى على الكيل لزم تأخير ضمانه لكيله، ومن لوازمه منع انتفاعه بشيء منه قبل إرطابه، ولا خلاف أنه مبيع من حيث تعيينه لا أنه مضمون، فإذا كان أمد كيله إرطابه قرب قبضه فلم يدخله بيع معين يتأخر قبضه. وإذا اشتراه على الجزاف ضمنه بنفس العقد وكان له التصرف فيه من حينئذ، وانتفى عنه مطلق التأخير.

وفيها: إن انقطع ثمر الحائط بعد أخذه بعض سلمه رجع بحصة ما بقي من الثمن وله أن يأخذ بتلك الحصة ما شاء من السلع معجلًا.

الصقلي عن محمد: وكذا صبرة يشتري منها كيلًا فتقصر عنه، والمسكن ينهدم قبل تمام المدة.

ابن أبي زَمَنَيْن لبعضهم عن ابن القاسم: يأخذ به عنه ما شاء إلا ما هو من صنف

الثمر الذي أسلم فيه فلا يأخذ منه إلا قدر ما بقي له لتهمة التأخير على سلف جر نفعًا.

قال بعض القرويين: وعليه لا يأخذ ذهبًا عن ورق ولا عكسه للتهمة على صرف مستأخر.

قُلتُ: إن رد بأن مطلق التهمة على صرف مستأخر أضعف من تهمة دفع قليل في كثير.

قُلتُ: قد اعتبرها في بيوع الآجال إن كان الصرف بينهما على السعر وألغاها إن كان أقل من السعر فتعتبر هنا إن كان بأكثر من السعر

وفيها: تراضيهما على تعجيله قبل الوقت الذي شرطاه جائز إن كان على صفته.

اللخمي: أجاز أخذ ما طاب الآن عن ما يطيب بعده وهو طعام بطعام غير يد بيد فإن قصد المعروف جاز، وإن قصد التصرف في ثمر حائطه وإن أجيحت الثمرة لم يرجع بشيء جاز وإن كان ليرجع بمثل ما دفع لم يجز إلا على وجه السلف.

ومنع ابن القاسم في كتاب الحبس من وهب عشرة أقساط من زيت جلجلان له أن يعطيه ذلك من غيره؟

قُلتُ: إنما شبه مسألة الجلجلان لو عجل له ذلك من غير ذلك الحائط، والمعجل هنا منه والمبيع منه غير معين فيه فما عجل منه كان نفس المبيع ولم يجب عنه المازري بشيء.

وفيها: (إن هلك المتبايعان لزم البيع ورثتهما).

وفي تهذيب عبد الحق: قال بعض شُيُوخنا: إن مات قبل إرطاب التمر أخر مبتاعه لإرطابه وحلول الحق بموت من هو عليه إنما هو فيما تعلق بالذمة، والحق هنا في معين لا في ذمة؛ لأنه لو أجيح رجع في رأس ماله.

عبد الحق: وينبغي أن يكون للورثة قسم التركة ويترك التمر لصيرورته رطبًا لمبتاعه، وليس له منعهم من القسم إن أجيح بأن الثمر قد يجاح فيرجع لرأس المال، لأن التأخير لإرطابه قريب، والغالب السلامة، ولو كان على الميت ديون وطلب أربابها بيع ثمر الحائط، ويستثنى منه قدر حق هذا من الثمر وهو كثير ففيه نظر.

الصقلي: الظاهر أن ليس لهم ذلك؛ لأن الذي له السلم مبدى فيه بحقه والصبر

للإرطاب قريب.

قال ابن عبد السلام: لو كان على الميت دين فطلب أربابه بيع ثمر الحائط لدينهم ويستثنى قدر حق المشتري، من الرطب، فقال بعض الشُيُوخ: في ذلك نظر ثم ذكر كلام ابن يونس وقال: كان يمشي لنا في المذاكرات أن تمكينهم من البيع يتخرج على القولين فيمن استثنى في بيع غلة حائطه أو سقاء الثلث فأقل فأجيح ثلث الغلة فأكثر فعلى تبدئته فيما استثنى لا ضرر على المسلم في الصورة التي تردد فيها.

الشَّيخ: وعلى عدم تبدئته لا يمكن أرباب الديون من البيع؛ لأنه يبطل على المسلم حقه في تبدئته.

قُلتُ: فيما ذكره نظر من وجهين:

الأول: أن المسألة التي توقف فيها عبد الحق إنما عبر عنها بقوله: ويستثنى منه قدر حق هذا من الثمر وهو كثير وكذا نقلها ابن يونس فظاهره أنه أكثر من الثلث، ونصه: أنه غير محدود به، والمسألة التي خرج منها مقيدة بكون المستثنى الثلث فأقل حسبما ذكرها كما هي في الروايات، فمسألة النظر مباينة للمسألة المخرج منها في فرضها بما يوجب الفساد وهو الزيادة على الثلث وهذه المباينة مبطلة للقياس ضرورة أن حكم الأصل مشروط بكون المستثنى الثلث فأقل، وصورة الفرع وهو ما جعله عبد الحق محل نظر هذا الشرط فيها مفقود، إما لأنها مفروضة على أنها مقيدة بنقيضه وهو قوله: (وحقه من الثمر كثير) إن حملنا كثير على أكثر من الثلث أو على أنها عرية عن اعتباره لوضوح دلالة لفظ كثير على عدم التقييد بكونه الثلث فأقل.

الثاني: أن نقول قال اللخمي وغيره في كتاب الجوائح: من اشترى عشرة أوسق من حائط بعينه فأجيح بعضه بدي المشتري فيما بقي بالمكيلة التي اشترى ولو اشترى غيره بعده قدر مكيلة أخرى فأصيب بعض الحائط بدي المشتري الأول على المشتري الثاني وما فضل عنهما لرب الحائط، ولا يحاص الثاني الأول؛ لأن الثاني إنما حل محل البائع، وحق البائع مؤخر عن حق الأول.

واختلف فيمن باع ثمر حائطه جزافًا واستثنى مكيلة الثلث فأقل، فقال مالك: يبدى صاحب الحائط بما استثنى.

قُلتُ: ومن البين أن مسألتنا وهي بيع الغرماء لثمر الحائط مع استثناء مكيلة المشتري إنما هي كمسألة من باع من حائطه مكيلة ثم باع من آخر مكيلة لاشتراكهما في تبدئة المشتري فيهما على رب الحائط لا كالمسألة التي زعم الإجراء عليها.

فإن قلت: ما ذكرتموه أولًا يرد بما إذا كان التمر المبيع من الحائط كثيرًا أكثر من الثلث أو غير مقيد بكونه الثلث فأقل كان من الواضح منع بيع الحائط واستثناء هذا القدر فلا يكون محلًا للنظر بكونه عند قائله محلًا له يوجب كونه كالثلث فأقل.

قُلتُ: إنما ينتج هذا تقييده بكونه الثلث فأقل لو انحصر موجب النظر فيما في بيعه مستثنى منه الثمر المبيع بوصف كونه مكيلًا ولا موجب لانحصاره فيه لجواز بيعه مستثنى منه الثمر المبيع، من حيث كونه جزء الحائط يكون خرصه ستين وسقا ومكيلة المشتري عشرون وسقا فمحل النظر هل يباع نصف الحائط أو ثلثاه لغلبة أمن الثمر لإرطابه أو لا يباع لاحتمال الجائحة المفوتة ما بقي بقدر جزء المشتري؟

وفيها: إن أسلم فيه بعد زهوه وشرط أخذ ذلك ثمرًا لم يجز لبعد ذلك وقلة أمن الجوائح فيه، وفي فوته بمجرد قبضه ولزوم فسخه قولا أَصْبَغ مع الشَّيخ ونقله رواية محمد وابن شبلون قائلًا: ليس كمن أسلم فيه وقد أرطب، وشرط أخذه تمرًا؛ لأن التمر من الإرطاب قريب ومن الزهو بعيد وصوب الصقلي الأول لقول مالك: إن أسلم في زرع قد أفرك وشرط أخذه إن فات مضى.

وصرح عياض بأن قول الشَّيخ فوته بقبضه قال، وقال غيره بالعقد، وعزا ابن رُشْد لسلمها الأول فسخه وإن قبض ما لم يفت بعد القبض.

وفيها: جواز السلم في كل رطب الفواكه كالرمان والقثاء والبطيخ كالحائط بعينه، وفي لبن غنم بعينها أو صوفها أو أقطها أو جبنها أو سمنها وكره أشهب السمن.

ابن محرز: منعه فيه، وفي الأقط.

التونسي: قاله عنه محمد.

ابن محرز عن سَحنون: قوله هذا خير من قوله في الصناعات؛ يريد: بيع ثوب على أن يخيطه البائع أو جلدًا على أن يخرزه أو قمحًا على أن يطحنه، وأجازه ابن القاسم وأشهب لا من وجه خروجها غالبًا وكذا السمن والأقط عند ابن القاسم، ولسَحنون

إنما كره أشهب السمن؛ لأنه كالزيتون على أن على البائع عصره.

الشَّيخ: إنما يصح هذا التعليل لو أسلم إليه في كيل من اللبن على أن يخرج له بائعه منه سمنًا أو أقطًا غير معلوم القدر، وهذه المسألة إنما أسلم إليه في سمن أو أقط معلوم.

الصقلي: إنما كرهه لبعده كاشتراط الزهو تمرًا.

وفيها: ما ينقطع من الثمار في بعض السنة أسلم فيه في أي إبان شئت واشترط أخذه في أي إبان عبد الحق: عن بعض شُيُوخه، لو مات المسلم إليه قبل الإبان وقف قسم التركة إليه.

ابن رُشْد: إنما يوقف إن خيف أن يستغرقها ما عليه من السلم، وإن قل السلم وكثرت التركة وقف قدر ما يرى أنه يفي بالسلم وقسم ما سواه إلا على رواية أشهب، أن القسم لا يجوز وعلى الميت دين وإن كان يسيرًا عبد الحق عن بعض شُيُوخه إن كانت ديون وقع الحصاص وضرب لرب السلم بقيمة ذلك الشيء في وقته على معتاد ما يعرف منه لا بقيمته لو أسلم فيه الآن على أن يقبض في إبانه.

زاد ابن رُشْد: إلا على قول سَحنون ذو السلم المؤجل يحاصص بقيمة سلمه إلى أجله لا بقيمته الآن حالًا.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: إن جاء الإبان، فكان غاليًا فلا شيء له وإن كان أرخص فلا زيادة له على حقه.

الصقلي: ما طار له في الحصاص وقف ليشترى له في الإبان إن نقص عن حقه اتبع بباقيه ذمة الميت وإن زاده فالزيادة لمستحقها من وارث أو ذي دين.

قُلتُ: في تعليقة أبي عمران بعد ذكره ما تقدم من الحصاص.

وذكر الشَّيخ: أن أبا الحسن قال: توقف ما في ذمة الغريم إلى الإبان فعابه وأنكره الصقلي لو هلك كان من الميت؛ لأن له نماءه وحق هذا ليس عين ما وقف له.

ابن رُشْد: إن جاء الإبان وهو أغلى مما قوم به فلا رجوع له عليه على الغرماء، وإن كان أرخص فلا رجوع لهم عليه في الزائد ما بينه وبين جميع حقه، وما فضل عنه فهو لهم.

ابن عبد السلام: إنما لم يحكم في هذه المسألة بقول ابن القاسم فيما وقف للغريم من

مال المفلس لأن مسألة السلم لم يحل الأجل فيها؛ لأن الإبان لم يأت فلم يتمكن المشتري من حقه بوجه ولو حل الأجل كان كما وقف للغريم من مال المفلس.

قُلتُ: الأجل حل بموته والأولى أن يقال: كون سبب الوقف أمرًا خارجًا عن تسبب رب الدين بغيبته يمنع جزيها على ضمان ما وقف لرب دين على مفلس.

قُلتُ: قال أبو عمران ما هلك في الوقف فهو ممن وقف له كقول ابن القاسم في كون العين من الغرماء قيل له: الغرماء ليس لهم إلا الموقوف وهذا حقه في عرض يشترى له قال: هذا يؤدي إلى قول المغيرة العين من أصحابه والغرض ممن له العرض وهو خلاف المذهب.

وفيها: إن شرط أخذه في إبانه فانقطع قبل أخذ ما أسلم فيه قال مالك: يتأخر من له السلم لإبانه.

عياض: في لزوم التأخير لإبانه أو إن طلبه أحدهما، ثالثها: يخير المسلم في التأخير والمحاسبة، ورابعها: إن قبض أقله لزمت المحاسبة وإن قبض أكثره جاز له التأخير ولا وجه له وعكسه أقيس وأسعد بلفظ الكتاب، وخامسها: وجوب المحاسبة، وسادسها: هذا إلا أن يجتمعا على التأخير لسَحنون مع أول قولي مالك، وثانيهما: وظاهر قول ابن القاسم فيها مع نصه في الموازيَّة وفي عزو الثالث لابن القاسم أو لسَحنون تأويلان ورواية الصقلي وأشهب وأَصْبَغ.

المازري: في لزوم التأخير أو المحاسبة أو إلا أن يرضيا المحاسبة أو التأخير، خامسها يخير المسلم، فأسقط من نقل عياض الثاني والرابع، وجعل الخامس وجوب التأخير إلا أن يجتمعا على المحاسبة، وتبعه ابن بشير، وزاد عن ابن القاسم إن قبض الأقل وجبت المحاسبة، وإن قبض الأكثر وجب التأخير على إعطاء المتبوعات حكم ما تبعها، وحكى اللخمي: قول أَصْبَغ بزيادة سواء كان ذلك بمطل منه أو غيره. وقول أشهب أحسن إن كان فوت الثمرة بجائحة، وإن كان بلد المطلوب خير الطالب في التأخير والمحاسبة وإن كان بهرب الطالب خير المطلوب، وقاله ابن حبيب إن هرب المسلم برأس المال أو المسلم إليه فلم يقبض رأس المال حتى حل الأجل، فأرى أن يرفع المسلم إليه للحاكم الرطب فيحكم له ببراءته منه وببيعه للغائب إن خشي فساده

إلى حضوره.

قُلتُ: ويؤيده قولها في المدين الحالف ليقضين فلانًا حقه إلى أجل كذا فيغيب الطالب ولا وكيل له فله الرفع إلى الإمام لأداء الحق الذي حلف عليه.

قُلتُ: فمجموع الأقوال تسعة، ستة.

عياض: وما زاده المازري وما نقله ابن بشير عن ابن القاسم، واختيار اللخمي، وإن عد قولًا قول عياض وعكسه أقيس وأسعد بلفظ الكتاب كان عاشرًا، وفي عد مثل هذا قولاً نظر، وربما مر بي في كلام ابن رُشْد ما عده يقتضي عده قولا.

الصقلي: قال أشهب: من غصب شيئًا فلم يجد مثله خير ربه في تأخيره لوجود مثله وتغريمه قيمته وهذا نحو ما تقدم لابن القاسم وينبغي على أصل أشهب أن يغرمه القيمة ولا يجوز تأخيره.

قُلتُ: قد يفرق بأن خروج العوض من يد ربه في السلم باختياره فأمكنت تهمته، وفي الغصب بغير اختياره فبعدت.

قال ابن الحاجب: فلو أخره حتى انقطع فالمشتري بالخيار في الفسخ والإبقاء.

قال ابن عبد السلام: يعني لو أخر المشتري قبض ما أسلم فيه لم يقبض منه شيئًا حتى انقطع إبانه خير في فسخ العقد والتربص لعام آخر، وهذا يظهر إن كان التأخير من منع البائع وهو بعيد من لفظ المؤلف، وإن كان التأخير من سبب المشتري وحده فلا وجه لتخييره؛ لأن تأخيره ظلم.

قُلتُ: تفسيره هذا اللفظ بقوله: يعني لو أخر المشتري إلى آخر تعقبه يرد بأن التعقب إنما جاء من تفسير المرجوح، وهذا لأن فاعل أخر إنما هو ضمير عائد على البائع لا على المشتري كما قال زاعما أن كون التأخير من البائع بعيد بل الأبعد ما فسره به من كونه عائدا على المشتري وهذا لأن الضمير الفاعل في آخره لو كان عائدًا على المشتري لما قال: فالمشتري بالخيار، بل كان يقول: فهو بالخيار فعدوله عن ذلك قرينة تهدي المنصف إلى عود الضمير على البائع ولهذا تلقاه ابن هارون بالقبول، والمسألة جارية على مسألة تأخير الضحايا المسلم فيها لوقتها عنها،

سمع القرينان في كتاب الضحايا من أسلم إليه في ضحايا ليأتي بها للأضحى فلم

يأت بها إلا بعد ذلك، أو في قطائف للشتاء فيأتي بها للصيف، والقمح ليأتي به في إبان يغلو فيه فيأتي به بعد ذلك على المشتري قبول ذلك ليس كالمكري للحج يأتي بعد إبانه.

ابن رُشْد: إنما فرق بين الحج وغيره؛ لأن منفعته مخصوصة بأيام معينة، ومنفعة الضحايا أثمانها وقد يحصل في غير إبانها، وروى مُطَرِّف: إن أتاه بها قرب الأضحى بعد اليوم واليومين لزمته وإن أتى بها بعد الأيام الكثيرة لم تلزمه وهو جار على الخلاف، في السلم ينعقد على النقد فيتأخر إلى حلول الأجل بهروب المسلم وهو عرض على ما في المدَوَّنة أو عين على ما حكى ابن حبيب فعلى قولها بلزوم السلم يأتي قوله بلزوم الضحايا.

وعلى نقل ابن حبيب عن ابن القاسم وهو قول ابن وَهْب أن المسلم إليه بالخيار إن كان الهارب المسلم لكون المسلم إليه بالخيار في مسألة الضحايا إذا لم يأته بها إلا بعد الأضحى بكثير، وفي إلزامه إياها بالقرب دون البعد نظر لكساد اللحم قرب أيام الأضحى لكثرته بأيدي الناس من ضحاياهم.

اللخمي: لو مطل بالأضحية لعام قابل أو بالفاكهة لوقت إبانها لم يجبر على قبولها على قول أشهب وأَصْبَغ، ويختلف على قول ابن القاسم هل يجبر على قبولها كعيب ذهب، واختلف فيمن اكترى سفينة فدخل عليه الشتاء فلم يتفاسخا حتى عاد إبان السفر وهذا مثله.

وفي تهذيب أبي سعيد: وأما القرى الصغار أو قرى ينقطع طعامها أو ثمرها في بعض السنة فلا يصلح من السلف في ثمرها إلا ما يجوز في حائط بعينه وقد ذكرناه.

عبد الحق: في تعقيبه هذا يقتضي أنها في كل الوجوه كالحائط بعينه، وليس في الأم تشبيهها بالحائط بعينه، ولفظ الأم لا يصلح أن يسلف في هذه إلا أن يسلف في ثمرها إذا أزهي ويشترط أخذه رطبًا أو بسرًا لا تمرًا لأنه ليس فيها بمأمون، فإنما أخبر أن هذا ليس بمأمون ولم يشبهها بالحائط بعينه.

وقال بعض شُيُوخنا القرويين: السلف في القرية الصغيرة حكمه حكم الحائط بعينه في وجهين:

أنه لا يسلم في ثمرها إلا بعد زهوه.

وفي شرط أخذه بسرًا أو رطبًا:

ولا يجوز شرط أخذه تمرًا وتخالفه في وجهين:

في أنه يجوز أن يسلم فيها إلى من ليس له في القرية حائط؛ لأنه مضمون عليه. وفي أنه لا يجوز تأخير رأس المال.

ورأيت لبعض الأندلسيين منع السلم فيها لمن ليس له ملك فيها.

قُلتُ: ولفظ أبي سعيد فيها كلفظ مختصر ابن أبي زيد وما عزاه لبعض الأندلسيين عزاه الصقلي لابن أبي زَمَنَيْن وابن محرز قال: وهو خلاف قول أبي محمد.

ابن زرقون: وعليه تأول التونسي المدَوَّنة.

عياض: ظاهرها: أنه لا يسلف فيها لمن لا ملك له فيها لقولها: لا يسلم فيها بعد الزهو.

قال بعض الشُيُوخ: فلو جاز لمن لا ملك له فيها لما شرط طيب الثمرة؛ إذ لا يشترط طيبها إلا في المعين، وقاله فضل وابن أبي زَمَنَيْن وابن محرز.

وقال بعضهم: يجوز: لمن لا ملك له فيها إن كان شأن أهلها بيع ثمارهم ووجود ما اشترى غالبًا بيعه، ولو استغرق السلم ثمار القرية أو لما جرت العادة ببيعه منها لم يجز وإليه نحى الشَّيخ.

قال ابن محرز: لم يختلفوا في وجوب تقديم رأس المال: قال أبو محمد: لأنه مضمون وهذا على أصله، وعلى قول من يراه كالحائط بعينه يجريه مجراه في تقديم النقد وتأخيره ذكره عبد الحق عن أبي عمران، وقال: تقديم النقد أحوط وإلا فحقيقته أنه كالحائط في كل أحواله، وذكر عبد الحق عن بعض الشُيُوخ أنها توافق الحائط بعينه في وجهين ويخالفه في وجهين، فانظر هذا مع القول الأول أنه إذا أسلم لمن لا ملك له فيها جاز اشتراط أخذه تمرًا لوجود ذلك على الصفة عند الأجل وفيه نظر، ولو كان كما قال: لم يكن بينهما وبين المأمونة فرق، ولو انقطع ثمرها قبل استيفاء ما أسلم فيه ففي وجوب المحاسبة وجواز التأخير قولان، ولو أجيحت لزم التأخير.

وفيها: لا بأس بالسلم في طعام قرية بعينها أو ثمرها أو حبها في إبانه وقبله

ويشترط أخذه في إبانه إن كانت مأمونة كمصر وخيبر، ووادي القرى لمن ليس له في شيء من ذلك ملك، والسلم في حديد معدن بعينه كالقرية بعينها في أمنه وقلة أمنه.

وشرطه بكونه لأجل معلوم ومعروف المذهب.

الباجي: هو ظاهر المذهب وفي أقله اضطراب.

الباجي: روى ابن عبد الحَكم وابن وَهْب يجوز إلى يومين زاد ابن عبد الحَكم أو يوم.

القاضي: أخذ منه بعض أصحابنا السلم الحال، وقال بعضهم: الأجل شرط في السلم اتفاقًا وإنما الخلاف في قدره.

المازري: إلى الأول أشار التونسي ولا يحسن لإمكان كون إجازته لأجل قريب لدخوله في عموم قوله ﷺ إلى أجل معلوم[1].

قُلتُ: في حد أقله مأخوذًا ببلد عقده بمجرد ما تختلف فيه الأسواق أو بيوم أو يومين أو خمسة. خامسها خمسة عشر، وسادسها شهر لقول مالك فيها ورواية ابن عبد الحَكم وروايته مع ابن وَهْب وسماع عيسى ابن القاسم حين قال له: لو كان سلم البغال في الحمير لأجل قريب لا تهمة فيه قال: لو كان لأجل قريب الخمسة الأيام وشبهها لم أر به بأسًا وقوله فيها، والمازري عن بعض الشافعيَّة عن مالك واستبعده الباجي عن القاضي تغير الأسواق لا يختص بمدة إنما هو بحسب عرف البلاد ومن قدره بخمسة عشر يومًا أو أكثر قدره بعرف بلده.

الصقلي: عن أَصْبَغ: إن وقع إلى يومين لم يفسخ؛ لأنه ليس بحرام ولا مكروه بين.

محمد: يفسخ أحب إلينا.

اللخمي: لابن وَهْب: السلم إلى يومين أحب إليَّ من بعيد الأجل، وقال أَصْبَغ: إن وقع فسخ وأراه فاسدًا.

قُلتُ: هذا خلاف نقل الصقلي عنه، وحمل ابن رُشْد سماع عيسى على ظاهره،

(1) أخرجه البخاري: 4/355 في السلم، باب السلم في كيل معلوم، وباب السلم في وزن معلوم، وباب السلم إلى أجل معلوم، ومسلم: رقم (1604) في المساقاة، باب السلم.

وقال: هو خلاف مشهور قوله.

ونقل غير واحد عن ابن بشير أنه قال في كتابه المسمى بالأنوار البديعة: يمكن أن يكون غرضه بالخمسة الأيام التحرز من سلم الشيء فيما يخرج منه أو لم يقصد الجواب عن الأجل.

وفي سلمها الثالث: إن أسلمت إلى رجل في طعام ببلد على أن تأخذه ببلد آخر مسافته ثلاثة أيام جاز لاختلاف سعريهما بخلاف البلد الواحد، صور المازري: المسألة بأن المسافة ما بين البلدين اليوم الواحد.

وذكر المتيطي عن بعض الموثقين: إن كان بلد القضاء كاليوم ونحوه فهو كالبلد الواحد لا يجوز إلا بأجل تختلف فيه الأسواق.

قُلتُ: هو نقل ابن فتوح عن المذهب ومقتضى لفظ المدَوَّنة اعتبار ما هو مظنة لاختلاف سعريهما فكما اعتبر هذه المظنة في الزمان اعتبرها في المكان.

وفي لغو شرط تسمية الأجل فيه وافتقاره إليها أو إلى شرط الخروج عاجلًا قولا الموازيَّة وابن أبي زَمَنَيْن.

الصقلي: هذا أحسن.

اللخمي: لو لم يسميا أجلا ففي صحته ويجبر المدين على الخروج أو التوكيل عليه، وفساده قولان، وفساده أحسن.

قال: وسمع ابن القاسم سئل مالك عن قوم يقدمون من أرياف مصر على مسيرة يوم يبيعون لمن بالفسطاط طعامًا مضمونًا يوفونه بالريف لا يضربون له أجلًا، قال: أذلك حال قال: نعم، قال: لا بأس به ولم يجعله على الجواز ولا على الحلول لمجرد العقد، وإلى هذا ذهب فضل إلى أن الدنانير والعروض سواء، فهو فاسد كذا وجدته في غير نسخة متصلًا بقوله: لا بأس به ولم يجعله إلى قوله فاسد.

وقال المازري، بعد إشارته إلى القولين، وأشار بعض شُيُوخنا لقول ثالث وهو كون السلم لا يحمل الخروج فيه على الفور أو على التراخي وتعلق بما روي عن مالك لما سئل عن قوم من الريف يأخذون الدنانير على طعام يقضونه بالريف وبينه وبين موضع العقد مسافة قريبة فقال: أحال له فقيل نعم، فأجازه، وهذا لا يعد ثالثًا؛ لأنه إن

كان العقد محتملًا للتراخي والفور صار لأجل مجهول فيفسد كما لو شرط تأخير الخروج لأجل مجهول.

قُلتُ: قوله: أشار إلى قول ثالث وهم إنما أشار إلى تقوية ما اختاره من القول بالفساد، ولذا قال آخر قوله فهو فاسد، وما ذكره اللخمي عن سماع ابن القاسم لم أجده بحال إنما فيه ما نصه، وسئل عن من سلف في طعام مضمون إلى أجل وشرط المشتري على البائع حمله من الريف إلى الفسطاط وإنما كان اشتراه منه على أن يوفيه إياه بالريف قال: ما أرى بهذا بأسًا.

ابن رُشْد: لأنه بيع وإجارة أسلم إليه في الطعام على أن يوفيه بالريف واستأجره على حمله منه للفسطاط في صفقة واحدة. وقول الباجي على اعتبار ما تختلف فيه الأسواق يجب أن يختلف رأس السلم باختلاف السلع إذ منها ما يكثر بغير أسواقه، ومنها ما يندر كالدر والياقوت، يرد بأن الحكم المعلق على مظنة حكمه لا يختلف لندور حصول الحكمة كمسافة القصر بالنسبة إلى عموم الناس وأقلهم ذوي الترفه الذين لا يلحقهم بهذا القدر مشقة.

ابن بشير: لما حد ابن القاسم الأجل بخمسة عشر يومًا.

قال القاضي: هذا يجري على عوائد البلاد يختلف الأمر فيه باختلافهما، فظنه الباجي خلافًا، وليس كذلك ما قاله ابن القاسم شهادة بعادة، وما قاله القاضي تفسير.

قُلتُ: ظاهره: أن الباجي صرح بكونه خلافًا وليس كذلك، قال إثر قوله في مسألة الدر والياقوت: قال القاضي: تغير الأسواق لا يختص بمدة من الزمان إنما هو بحسب عرف البلاد، من قدر ذلك بخمسة عشر يومًا أو أكثر إنما قدره على عرف بلده.

قُلتُ: وهذا كالنص في جعله قول ابن القاسم وفاقًا لقول من يخص كل موضع بعرفه.

قال ابن بشير: ظن اللخمي أن في المذهب قولين:

أحدهما: أن مسافة ما بين البلدين تكفي عن الأجل.

والثاني: لا بد من ذكره وليس كما ظنه بل لا خلاف في المذهب. وللمسألة صورتان: إن كان السلم يحل بوصول البلد فلا حاجة للأجل، وإن كان يطول قدر زمن

الحلول فلا بد من ذكر الأجل.

قُلتُ: ما نسبه للخمي لم يختص به؛ بل قاله المازري وغيره.

الباجي: ويجب على المسلم إليه الخروج لمحل القضاء متى بقي بينه وبينه قدر المسافة، فإن أبى أجبر على الخروج أو توكيل من يقضي عنه.

ومن متأخري أصحابنا من قال: لا يكفي توكيله حتى يضمن الوكيل المسلم فيه خوف عزله فيبطل سفر المسلم، ويجوز عندي أن يقال: ليس له عزله لتعلق حق المسلم بوكالته كالوكيل على بيع الرهن، وعلى الخصومة بعد تقييد المقالات، وقال ابن بشير: ذكر الباجي عن بعض العراقيين أنه يشترط في هذا أن لا يعزله، ورأى الباجي أن هذا لا يحتاج إليه؛ لأنه تعلق بالوكالة حق فليس له عزله، وإنما ينبغي أن يقال في هذا: ليس له عزله جملة ولكن له أن يستبدله إن لم يكن في ذلك مضرة على الطالب.

قُلتُ: الذي في المنتقى وذكره ابن زرقون والمتيطي إنما هو شرط الضمان لا شرط عدم العزل، وشتان ما بينهما شرط عدم العزل يستقل به الموكل وشرط الضمان موقوف على التزامه الوكيل.

وفي سلمها الثالث: وإن أسلمت في طعام لأجل على أن تقبضه بإفريقيَّة جاز، وليس لك أخذه بعد الأجل إلا بإفريقيَّة.

عياض: انظر قوله إفريقيَّة قال فضل: معناه سمى منها موضعًا وإلا لم يجز كمسألة مصر. وقول الباجي يجب عليه الخروج متى بقي بينه وبينه قدر المسافة، ظاهره أنه يجبر على الخروج قبل حلول الأجل ومثله قال اللخمي.

وقال ابن بشير: إذا حل الأجل أمر بالخروج وهو أصوب لقولها: إن أبى الذي عليه الطعام أن يخرج لما حل الأجل أو بعد حلوله أجبر، ومثله في كتاب الغرر منها.

اللخمي: وتقرر العادة بوقت قبض السلم تغني عن ذكره عادة وقت قبض سلم الزيت وقت عصره، وذلك شهر ينير، وفي الحبوب الحصاد، قال: والسلم في الشيء لمن هو من أهل حرفته جائز على الحلول.

قُلتُ: ويخالف السلم أيضًا في عدم وجوب نقد رأس المال في كتاب التجارة لأرض الحرب منها، وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم يأخذ كل يوم شيئًا

معلومًا ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء وكذا كل ما يبتاع في الأسواق ويسمي ما يأخذ كل يوم وكان العطاء مأمونًا ولم يره دينًا بدين، وتقدم أخذ التونسي السلم الحال مطلقًا من جوازه ليومين وأخذه غير واحد من إجازتها البيع مرابحة، والثمن عرض وهو أبين من أخذه بعضهم من الشفعة والثمن كذلك؛ لأن بيع المرابحة بيع اتفاقًا والأخذ بالشفعة يشبه الاستحقاق.

المتيطي: روى أبو تمام جوازه حالًا، وفي المرابحة ما يدل عليه.

قُلتُ: وفي شراء الغائب منها: من له عرض دين فباعه، من رجل جاز ظاهره وإن حل وهو نفس السلم الحال، وأصرح منه قول هباتها، وكل دين لك من عين أو عرض فلك بيعه من غير غريمك قبل محله أو بعد بثمن معجل.

الباجي عن القاضي: رواية ابن عبد الحكم جوازه ليوم، رواية بجوازه حالًا كقول الشافعي.

ومنهم من قال: الأجل شرط قولًا واحدًا؛ إنما اختلفت الرواية في قدره، وقول الباجي يصح تعيينه بالحصاد والجذاذ وخروج العطاء إن كان معروفًا لا يختلف وكذا قدوم الحاج. وتقدم شيء من هذا في بيوع الآجال.

الباجي: ويبين الأجل فيه وفي البياعات فيقول إلى أول شهر كذا أو آخره وإن قال: إلى شهر كذا حل بأول ليلة منه.

المتيطي: الصواب تأجيله بقولنا في أول الشهر من عام كذا وإن قال إلى شهر كذا احتمل أن يكون إلى آخره لقوله تعالى: ﴿إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: 6]، قال ابن القاسم: المرفق داخل في الغسل، وقال ابن نافع: لا يدخل لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ [البقرة: 187]، فدليل قوله أن يحكم عليه بدفع السلم أول الشهر، وقال بعض الموثقين: بدخول يوم منه يلزمه القضاء.

ابن شاس: لو قال: إلى ثلاثة أشهر حسبت بالأهلة إلا أن يكون الشهر الأول انكسر في الابتداء فيكمل ثلاثين من الشهر الرابع.

قُلتُ: هو نصها في أكرية الدور وفي تلفيق كسر اليوم اختلاف وكذا في قصر المعدود على تسعة وعشرين يومًا تقدم في الأيمان وقوله في شهر كذا قال الباجي عن ابن

العطار: هو ضعيف وليس بأجل محدود يكره فإن نزل مضى ويدفع ما بين أول الشهر، وآخره وفي هذا القول نظر.

ابن زرقون عن ابن لبابة: هو أجل مجهول.

ولمالك في المبسوط: هو أجل معلوم، ومحل الأجل في وسط الشهر أو وسط السنة إن قال: في سنة كذا كالبيع إلى الجداد والحصاد.

ابن عات: لابن مغيث في وثائقه عن ابن لبابة: أنه يحكم له بالشهر كله قال: وهو أقيس، لقول مالك في المَدَوَّنة: من حلف ليقضين فلانًا حقه في شهر كذا فقضاه في آخره بر.

قال ابن الحاجب: وفي رمضان بآخره وقيل: إن كان آجلًا يغتفر معه الشهر.

قُلتُ: لم يعز ابن عبد السلام القول الثاني وعزاه ابن هارون للباجي وهو وهم إنما قال الباجي إثر قول ابن العطار: (وفي هذا القول نظر) فقط.

ولابن بشير في التهذيب إثر قول الباجي نظر ولا شك إن كان هذا القدر إن نسب للأجل أثر في الثمن نقصًا أو زيادة في فسخ السلم، وإن لم يؤثر فيه ذلك لقلته بالنسبة لبعد الأجل صح قول ابن العطار، فظن ابن هارون أن هذا من كلام الباجي وليس كذلك.

ولما ذكر ابن عبد السلام قول ابن العطار قال: إن قلت: هل في مسألة الحالف ليقضين فلانًا حقه في شهر كذا دليل عليه؟

قُلتُ: لا؛ لأن الأجل في الأيمان لا ينافي التوسعة بخلاف البيع؛ لأنه لو قال: لأقضينك في هذا العام في أي شهر أردت أنا أو أردت أنت جاز ولو كان في البيع فسد.

قُلتُ: ظاهره أنه لم يقف على احتجاج ابن مغيث بمسألة المَدَوَّنة وعزاه ابن عبد الغفور لغير واحد، وفي رده الشَّيخ بما ذكر نظر، يتضح بتقرير القياس وبيان ضعفه، فنقول أجمعوا على مساواة زمن البر الموجب تأخير الفعل المحلوف على إيقاعه عنه الحنث لزمن وجوب الحق المؤجل في قوله: لأقضينك حقك يوم كذا واشتريت منك هذه السلعة بثمن كذا على دفعه يوم كذا فيجب استواؤهما في قوله: في شهر كذا، ولما كان زمن البر المذكور هو آخر يوم من الشهر وجب كونه كذلك في البيع عملًا بوجوب

المساواة السالمة عن ملزوميتها الغرر الموجب فساد البيع، والصورة التي زعم النقض بها غير واردة، على هذا القياس، المذكور؛ لأن المثبت بالقياس المذكور المساواة في مسمى الوقت فيهما وهي حاصلة في صورة النقض، ولكن المساواة اقتضت في صورة النقض فساد البيع لملزوميتها الغرر، وذلك غير قادح في قياس المساواة حسبما بيناه في البحث معه في مسألة الأمة تعتق في أثناء الصلاة ونحو هذا قياس الفقهاء إبطال نفي الإرث في طلاق المريض على قاتل مورثه بجامع التعدي المثبت الحكم بمعاملته بنقيض مقصوده وإن كان حكم الأصل عدم الإرث وحكم الفرع نقيضه؛ لأن المثبت بالقياس نفس الحكم بالمعاملة بنقيض المقصود ومقتضاها في الأصل نفى الإرث وفي الفرع ثبوته وكذا المساواة في صورة النزاع اقتضت الصحة وفي صورة النقض اقتضت الفساد فكما لا يكون ذلك مانعًا من صحة القياس لم يكن موجبًا للتخلف في الصورة التي زعم النقض بها والصورة المدعى كونها نقضًا إنما تكون نقضًا إذا اشتملت على تخلف الحكم المثبت بالقياس، وفي لفظ صدر الشهر اختلاف.

ابن سهل: سألت عنه.

ابن القطان، فقال: الثلثان والنصف لسماع ابن القاسم في الحلف على قضاء صدر الحق، قال: الصدر: الثلثان، ولو كان النصف كان قولًا، والثلثان أحب إليَّ وسألت ابن مالك فقال يتقى في اليمين: الحنث، والصدر في العقد أقل من ذلك وهو الأشبه عندي إلا أن يكون ثلث الشهر أو ما قرب منه.

وروى ابن حبيب: من حلف ليقضين غريمه لأجل كذا بر بإرضائه بقضائه صدرًا مثل الثلث، ورواه ابن وَهْب وقاله ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك لم أعلمهم اختلفوا فيه، فقد أطلق الصدر على الثلث.

قُلتُ: وتقدمت في الأيمان وفي شرط محل القضاء طريقان: المتيطي: تعيينه مستحسن.

وقال ابن حارث: إن لم يذكر فسد السلم اتفاقًا.

الباجي عن القاضي: الأفضل ذكره لرفع النزاع.

في الموازيَّة: لا يضر عدم ذكره وإطلاق العقد يقتضي كونه ببلد العقد.

وسمع عيسى ابن القاسم: القضاء حيث قبض الدراهم فيحتمل أن يريد موضع النقد ويحتمل أن يريد بلده وجعله سَحنون كالحمل للحطب ونحوه يلزم إيصاله لمنزل المبتاع، ومن شروطه: علم قدر المسلم فيه بمعياره العادي.

في ثاني سلمها: لا يجوز ابتياع طعام معين أو سلم موصوف بقدح معلوم أو قصعة ويفسخ إن نزل وكرهه أشهب ولم يفسخه.

ابن حارث: لابن عبد الحَكم عن أشهب: يجوز بمكيال مجهول حجرًا وغيره، وكرهه في المدَوَّنة.

اللخمي: وعلى قوله: يؤخذ المكيال المجهول فيعرف قدره من المعلوم ويكتب في وثيقة الدين خوف تلفه.

الباجي: كون طريق معرفة القدر بالكيل أو الوزن أو العدد هو بحسب العرف في البيع ولا يتقرر في الثياب إلا بالذرع طولًا وعرضًا، فإن شرط ذراع رجل بعينه جاز، قاله ابن القاسم في المدَوَّنة: فإن خيف أو تغيب أخذ قدر ذراعه وإن لم يعينا ذراع رجل بعينه فقال في سماع أَصْبَغ يحملان على ذراع وسط، أَصْبَغ هذا استحسان، والقياس الفسخ ولو كان بالبلد ذراع معين جرى عرف التبايع به كذراع الرشاش بقرطبة وجب الحمل عليه عند الإطلاق.

وقال ابن رُشْد في مسألة سماع أَصْبَغ: هي مثل قوله في المدَوَّنة خلاف قول ابن حبيب: لا يجوز السلم على ذراع رجل بعينه، قال: ويكفي أن يسميا الذراع فقط فإن اختلفا لزم الوسط هذا إن لم يكن القاضي جعل ذراعًا لتبايع الناس فإن نصبه وجب الحكم به ولم يجز اشتراط رجل بعينه، كما لا يجوز ترك المكيال المعروف لمكيال مجهول، وإن لم ينصب للناس ذراع معين، ففي كون الوسط كذراع منصوب فيجوز على ذراع بعينه أو على وسط كشراء الطعام بمكيال مجهول حيث لا مكيال قولا ابن حبيب وابن القاسم، فيها: وفي سلمها الثاني أيجوز السلم في ثياب بذراع رجل بعينه؟ قال: قال مالك: لا بأس ببيع ويبة وحفنة إن أراه الحفنة، لأنها تختلف فأرى الذراع بهذه المنزلة وليأخذا قيسه فيكون عندهما.

قُلتُ: لا يلزم من لغو غرر في تابع يسير لغوه في مقصود.

الصقلي عن بعضهم: لو دفن الرجل قبل أخذ قيس ذراعه واختلفا في قدره قرب العقد تحالفا وتفاسخا، وعند حلوله القول قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه وإلا حملا على ذراع وسط.

ابن محرز: إن اتفقا على جعل قيسه بيد عدل فذلك وإلا أخذ كل منهما قيسه عنده، ولو كثرت الحفنات، ففي منعها نقلًا عياض عن الأكثر مع سَحنون وعن أبي عمران عن ظاهر الموازيَّة، وفي شرط رؤية الحفنة قولان لظاهرها، ونقل الصقلي عن ابن أبي زَمَنَيْن عن ابن القاسم، إن وقع دونها لم يفسخ وقضى بحفنة عامة، وفي حجها الثالث والحفنة ملء يد واحدة.

وفي سلمها الثاني: ويشترط إذا أسلم في لحم وزنًا معروفًا وإن اشترط تحريًا معروفًا جاز لجواز بيع اللحم بعضه ببعض تحريًا.

عياض: عن ابن أبي زَمَنَيْن وغيره معناه أن يقول: أسلمك في لحم يكون قدره عشرة أرطال، وقال ابن زَرْب: معناه أن يعرض عليه قدرًا فيقول: آخذ منك قدر هذا؟

قُلتُ: وعلى الأول تعقب قياسها بأن إدراك الصواب بتحري موجود مشار إليه في الحس أقرب من إدراكه بالإشارة إليه في الذهن موصوفًا.

الباجي: الأظهر أنه لا يجوز تحريًا إلا لتعذر الموازين وهو مع إمكانها خطر.

وفي سلمها الثاني: إنما يجوز الشراء بقدح أو قصعة بموضع ليس فيه مكيال معروف كالأعراب يشترى منهم العلف والتبن والخبط.

اللخمي: هذا في الطارئ عليهم وما بينهم هو المكيال المعروف بينهم ولو كان مع الطارئ مكيال الحاضرة لم يجز أن يبايعوه به وكذا البادي يقدم الحاضرة يجوز أن يبتاع بمكيالها وإن لم يعلم قدره.

المتيطي عن أبي عمران: إنما خص ابن القاسم الخبط والتبن والعلف لأنه غالب على ما بأسواق الأعراب، وكذلك عنده الطعام حيث يتعذر فيه المكيال، وذكر عنه محمد أن ذلك في الطعام اليسير ولا أدري وجهه.

قُلتُ: لأنه المضطر إليه غالبًا.

وفي سلمها الأول: يسلم في الرمان عددًا إذا وصف قدر الرمانة وكذا التفاح

والسفرجل، وفي الجوز عددًا وكيلًا إن عرف فيه، ولا يسلم في البيض إلا عددًا ولا في الصوف إلا وزنًا لا على عدد جزز.

الباجي عن ابن حبيب: يسلم في الرمان والسفرجل عددًا وكيلًا لا وزنًا، ويذكر مقداره والعدد فيما عظم أظهر وكذا البطيخ والقثاء والخيار والموز والكمثرى ورؤوس الغنم واختلف في الجوز قول مالك وابن القاسم وابن حبيب، كاختلافهم في الرمان وصغير الفاكهة كعيون البقر والمشمش والزعرور والمضاع يتأتى فيه الكيل والوزن والأحمال، والمعتبر عرف كل بلد.

ابن حبيب: وما ييبس ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر إنما يسلم فيه كيلًا لا عددًا.

الباجي: لمشقة عدده ومن شروطه: وصفه بما يندرج تحته ما لا تختلف فيه الأغراض بمعتبر عادة فما تختلف فيه الأغراض لا عادة لغو، وما اقتضى العرف ثبوته مغتفر عدم ذكره.

فيها: من أسلم في ثمر ولم يذكر برنيًّا، من صيحاني ولا جنسًا من الثمر أو ذكر الجنس، ولم يذكر جودة أو رداءة فالسلم فاسد حتى يذكر الجنس والصفة وإن أسلم في حنطة بمصر ولم يذكر جنسًا قضى بمحمولة، وإن كان بالشام قضى بسمراء ولا بد من ذكر الصفة وإن اجتمع في الحجاز حيث تجتمع السمراء المحمولة ولم يسم جنسًا فسد السلم.

الصقلي عن محمد: روى ابن القاسم إن لم يسم بمصر سمراء من بيضاء لم يجز وقاله ابن عبد الحَكم وهو أحب إلينا وقال أَصْبَغ: هو جائز، وقول ابن حبيب ما يجلب إليه جنسان فلابد من ذكر أحدهما، وما ينبتان فيه لا يلزمه ذكره فيه لا وجه له.

ابن عبد الرحمن: لا يفتقر لذكر جديد من قديم؛ لأن الرواية لزوم قبول قديم لمن شرط جديدًا فإنه لا يختلف عندنا بإفريقيَّة، وهو مختلف عندنا بصقلية فلابد من ذكره.

قُلتُ: والذي شاهدته في أنباء هذا القرن الثامن وعلمته تواترًا عن أوله والقرن السامع اختلاف الجديد مع القديم.

ونقل ابن فتوح عن المذهب كابن عبد الرحمن إلا أنه قال: يستحسن ذكر كونه

جديدًا أو من عام أو من عامين.

المتيطي عن ابن أبي زَمَنَيْن: لا يضر عدم ذكر كون القمح جديدًا أو قديمًا، وقال عبد الملك عن بعض شُيُوخه كذا جاءت الرواية، وقال بعض الموثقين: لا بد من ذكر من ربع أي عام هو؛ لأن منه ما يجعل في المطمر، وفي الأهراء وفي الغرف.

الصقلي عن ابن حبيب: ويذكر في الزيت مع صفته بأنه جيد أو وسط أو رديء كونه زيت الماء، أو المعصرة وفي لزوم ذكر جنسه من الزيتون نقلا المتيطي عن ابن العطار مع ابن لبابة، وابن أبي زَمَنَيْن مع موسى بن أحمد المعروف بالوتد محتجًا بأنه لو لزم ذلك في الزيت لزم في الدقيق.

قال المتيطي: وقاله ابن العطار في الدقيق، وانتقد قوله في الزيت ابن الفخار وقال لا نعلم أن مالكًا أو أحدًا من أصحابه قاله إنما قاله بعض الموثقين من غير رواية الباجي، في وثائقه عن بعضهم يفتقر لذكر جنس الزيت في بلد لا تختلط فيه أجناسه في العصر، وحيث يخلط فلا، ويوصف الخل بكونه خل عنب أو عسل والصفاء والنقاء والجودة.

قُلتُ: حاصل أقوالهم وصف كل نوع تختلف أصنافه بما يعين الصنف المسلم فيه دون غيره.

المتيطي: إن اقتصر على قوله من قمح طيب فسد هذا القول المعمول به.

قال فضل: ولابن حبيب إجازته قال: والطيب بمقام الجيد.

قال ابن القاسم في الواضحة: لا يجزئ قوله جيد أو وسط حتى يقول أبيض أو سمراء مع الجودة والنقاء، وخالفه أصحاب مالك وقالوا إذا قال جيد أجزأ.

قال أبو عمران: قول ابن القاسم هذا خلاف المدَوَّنة.

قُلتُ: انظر قبول المتيطي قوله: إنه خلاف المدَوَّنة فإن أراد من حيث لزوم ذكر أبيضاء أو سمراء فليس كذلك، وإن أراد من حيث ذكره النقاء فحسن.

قال ابن فتوح: إن ذكر في وصف الشعير النقاء فحسن وإن سكت، لم يضره؛ لأن الجيد يجمع الطيب والنقاء والوسط يعرف في الجودة والنقاء.

الباجي عن ابن حبيب: إن أخل بذكر النقاء في الحنطة وذكر الجودة أو الرداءة

أو التوسط لم يفسده.

قال الباجي: وليس عليه وصف التمر بالنقاء؛ لأنه لا غلث فيه ولا وصفه بأن لا حشف فيه؛ لأنه عيب.

المتيطي: عن ابن العطار: لا يجزئ قوله جيد حتى يقول غاية الجودة.

قال: وإن قال في القمح: طيب، ولم يقل: غاية الطيب فسد السلم، وأنكره الباجي، وقال: يلزم في وصف الثوب برقة أو غلظ أن يقول غاية الرقة أو الغلظ.

قال: وشرطه هذا أقرب إلى الفساد.

وقال أبو عمر في كافيه: كره بعض أهل العلم شرط غاية الطيب في شيء من الأشياء لتعذر ذلك.

وفي سلمها الثاني: إن شرط في سلم في ثوب حرير طوله وعرضه دون وزنه جاز إن وصفه، ووصف صفاقته أو خفته وإن شرط صفة ثوب أراه فحسن، وإلا فالصفة تجري ولا أعرف في صفة الثوب جيدًا ولا في الحيوان، فأراها إنما السلم فيهما على الصفة.

الصقلي: أنكر سَحنون قول ابن القاسم في ثوب الحرير جاز.

قُلتُ: لم يذكر موجب إنكاره فلعله عدم شرط وزنه، والصواب قول ابن القاسم بل شرط وزنه مع صفة ما شرط من صفاقة أو خفة متناف والنوازل تشهد لهذا.

وقوله: (إن شرط صفة ثوب أراه إياه فحسن).

قال الباجي: السلم على مثال، منعه ابن القاسم في الموازيَّة، وأَصْبَغ وأجازه في المدَوَّنة في الثوب وجوازه في المثلي أولى.

ابن بشير: الخلاف في السلم على المثال خلاف في حال إن قصدت كل صفات المثال منع لأنه يؤدي إلى إعواز الوجود وإن قصدت صفاته العامة جاز، وقوله: (لا أعرف جيدًا ولا فارها) يريد: الاقتصار على أحدهما دون ذكر النوع وما يجب اعتباره من الصفات فيهما.

ابن فتوح: وغيره يصف الرقيق بالسن واللون والقد ولون الشعر، وحال سبوطته أو جعودته وصفة العين بالشهلة أو الزرقة أو الكحل، والأنف بالقنى أو الشمم، أو

الفطس أو الخنس وسائر الصفات المذكورة في بابها.

ابن شاس وغيره: ويذكر جنسه فيقول: رومي أو تركي وغير ذلك من الأجناس.

قُلتُ: وهو قولها في الرد بالعيب إذا ابتاعه على جنس فبان خلافه وكذا البكارة والثيوبة، وفي قول ابن شاس: إن اختلف الثمن لذلك اختلافًا مقصودًا نظر لوضوح اختلاف الأغراض فيهما.

وفيها: لا بأس بالسلم في الشحم واللحم إذا شرطا شحمًا معروفًا، ولحما معروفا والجنس من ضأن ومعز ونحوه.

الصقلي عن محمد: قيل لابن القاسم: أيحتاج لذكر كونه من فخذ أو يد أو جنب؟ قال: لا، إنما يقوله أهل العراق وهو باطل إنما يسمي السمانة، وقاله مالك؛ أَصْبَغ؛ وذكر وسط من السمانة يكفي.

محمد: إن اشترط سمينًا ولم يجد السمانة جاز، وذكر اللخمي قول ابن القاسم في عدم شرط ذكر كونه من فخذ ونحوه، وقال: أرى أن يسمى ذلك فإن لم يفعل قضى من المقدم، والمؤخر، ويجب ذكر كونه من جذع أو غيره وذكر أو أنثى وخصي أو فحل والتسمية في الرؤوس آكد منها في اللحم؛ لأنه لا سلم فيها بوزن فتسمية الصغير فيها من الكبير فيها آكد محمد عن ابن القاسم إن قضاه مع ذلك بطونًا فلم يقبلها قال: أيكون لحم بلا بطون؟ قيل: ما قدره قال: ﴿قَدْ جَعَلَ ٱللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾ [الطلاق: 3] البطن من الشاة كأنه يقول على قدر البطن من الشاة.

قال: وهذه أشياء عرف الناس وجهها.

اللخمي: يحمل قوله: أيكون لحم بلا بطون على أن ذلك عادة عندهم ولا يقضى به اليوم؛ لأن الشأن بيع البطون وحدها وما تعذر فيه بعض شروطه امتنع فيه.

فيها: لا يسلم في تراب المعادن لأن صفته لا تعرف، وجائز بيعه يدًا بيد؛ لأنها حجارة تعرف والمذهب منعه في الربع معادن الحديد وغيره مما يحتاج في إخراج المقصود منه إلى عمل والمنصوص المعروف منعه في الربع؛ لأنه إن وصف بها يجب فيها تختلف الأغراض لأجله عادة تعين لذكر موضعه الشخصي فبطل تعلقه بالذمة، وإن لم يوصف بذلك صار مجهولًا.

وقال اللخمي: لأنه إن عين موضعه صار غير مقدور على الوفاء به، وهذه الملازمة غير صادقة لنقضها بما هو في ملكه ولما ذكر الصقلي قولها يجوز السلم في القصيل والبقول على جزز أو أحمال معلومة ولا يجوز أن يشترط من ذلك، فدادين معروفة بصفة طول وعرض وجودة أو رداءة، ذكر عن محمد قال أشهب: ذلك جائز كله ومن لم يجزه؛ لأن الجيد منه يختلف والوسط منه يختلف لزمه في الحبوب.

الصقلي: قول أشهب هذا خلاف قول شُيُوخنا المتأخرين، إن السلم في الربع والأرضين والحوائط لا يصلح؛ لأنه يؤدي إلى السلم في شيء معين وبيع ما ليس عندك.

المازري المشهور عندنا منع السلم في العقار، وحاول بعض الأشياخ أن يضيف إلى المذهب جوازه في العقار وبجعل المذهب على قولين، وذكر ما تقدم للصقلي من إلزامه ذلك ثم قال: وهذا تعسف في التأويل، وأجاب بما حاصله أن إجازة أشهب السلم في القصيل على فدادين معلومة لا يلزم منه تعيين الموضع الشخص إذا لا أثر له في المبيع، إنما أثره في علم قدر من المشتري من القصيل بمجموع قدر مسافته وصفاقته وخفته.

قُلتُ: وما أشار إليه من رده عليه بهذا صواب، وحقه أن لا يقول المشهور منعه في العقار؛ لأنه يدل على وجود القول بجوازه نصًّا شذوذًا، وإنما هو إلزام بين كونه تعسفًا.

اللخمي: ويجوز في عدد شجر لقبض بغير أرض، وكذا في البناء بغير أرض، إذا وصف وأمكن الوفاء بهما عند حلول الأجل والمذهب جوازه في جواري الوطء، ومال اللخمي أو صرح بمنعه فيها لزعمه تعذر حصول المقصود هنا بالوصف، وضعف دليل المذهب على جوازه.

وفيها: يجوز السلم في اللؤلؤ وفي المكاتب منها إن كاتبه على لؤلؤ غير موصوف لم يجز لتفاوت الإحاطة بصفته.

عياض: أشار بعضهم إلى مناقضته بقوله في السلم وليس بشيء؛ لأن السلم يقدر على حصر صفته بذكر جنسه وعدده، وقدر كل حبة وصفتها، وفي الكتابة وقع مبهما ولشدة تفاوته بقدر إدراك الوسط منه.

[باب ما يلزم فيه قضاء المسلم فيه من الجانبين]

قضاؤه لحلوله بصفته، وقدره لازم من الجانبين مع يسر المدين، وبأقل قدرًا فقط من صنفه، والقبض من المدين جائز.

[باب حسن الاقتضاء والقضاء]

حسن قضاء وعكسه حسن اقتضاء[1]، وكذا في صفتي الرداءة والجودة مع اتحاد القدر ومنع أقل قدرًا وأجود صفة واضح وعكسه اختلف فيه في سلمها الثالث من أخذ من مائة سمراء حل أجلها خمسين محمولة وحط ما بقي إن كان بمعنى الصلح والتبايع لم يجز وإن كان اقتضاء من خمسين منها ثم حطه بعد ذلك بغير شرط جاز وكذا في خمسين سمراء من مائة محمولة.

وتعقب ابن عبد السلام أخذ الأدنى في الطعام بأنه غير ما في الذمة وإلا لزم قبوله وكونه غيره يوجب كونه بيع طعام قبل قبضه يرد بمنع إيجاب مطلق كونه غير ما في

---

(1) قال الرَّصاع: قال ما معناه: (قضاؤه بأقل قدرا فقط من صنفه والقبض من المدين جائز فهذا حسن اقتضاء وعكسه حسن قضاء) أشار بذلك إلى أن المسلم فيه إذا حل بصفته وأعطى المدين أقل قدرا فهو حسن اقتضاء من صاحب الدين والمنتفع هو المدين ولذا قال والقبض من المدين جائز وإن دفع المدين أكثر قدرا على الصفة المذكورة فهو حسن قضاء والقابض للمنفعة صاحب الدين ولو قال رَحِمَهُ اللهُ: وبأقل قدر أو رداءة وفي عكس ذلك يكون قدرا أو جودة لكان حسنا لأنه قال وكذا في صفتي الرداءة والجودة مع اتحاد القدر هذا ما يجوز في القضاء أو الاقتضاء وأما إن كان أقل قدرا وأجود صفة فإنه لا يجوز لدوران الفضل وأما عكسه فقد اختلف فيه وبحث هنا للشيخ رَحِمَهُ اللهُ مع شيخه حيث استشكل قولهم يجوز أخذ الأدنى في الطعام قال فإنه غير ما في الذمة وإلا لزم قبوله وكونه غيره يوجب كونه بيع طعام قبل قبضه وحاصل بحث شيخه وإشكاله أن يقال دائما إما أن يقال بأن الأدنى مع غيره مما في الذمة مغاير لما في الذمة أم لا فإن كان مغايرا لزم بيع الطعام قبل قبضه والتالي باطل وإن كان غير مغاير لزم جبر ربه على أخذه والتالي باطل وبيان الملازمتين ظاهر واختار الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ القسم الأول وقدح في الملازمة وذلك أنه قال بأنه مغاير ولا يلزم ما ذكر من البيع لأن المغايرة أعم من ذلك بدليل إذا أخذنا أقل مما في الذمة فإنه مغاير لما فيها ولا يلزم ما ذكر في ذلك من كونه بيعا لأنا صيرنا الأدنى صفة كالأقل منها إعطاء للجزء المعقول حكم المحسوس فيما لا خصوصية فيه لأحد العوضين على الآخر هذا معنى كلام الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ.

الذمة كونه بيعًا؛ لأن كونه أدنى ككونه أقل في القدر إعطاء للجزء المعقول حكم الجزء المحسوس فيما لا خصوصية فيه لأحد العوضين عن الآخر، بل المغاير بالدناءة أقرب بكونه نفس ما في الذمة لجواز مبادلة أدنى بأجود ومنعه في أقل بأكثر.

اللخمي: أخذ خمسين محمولة عن مائة سمراء، أجازه ابن القاسم مرة لأنها أدنى صفة ومنعه مرة لإمكان أن يرغب فيها في بعض الأوقات والأول قول أشهب.

قُلتُ: لم يحك الباجي إلا المنع، وعزاه لرواية قلت: لابن القاسم في كتاب الصرف يجوز أخذ تبر أدنى أقل قدرًا من تبر لك أجود، ولا يجوز ذلك في محمولة عن سمراء، وأجازه أشهب وفرق ابن القاسم بقوله التبر عند الناس نوع واحد والسمراء والمحمولة متباعد ما بينهما، وعزا ابن حارث لسَحنون قول أشهب.

وفيها لو أخذ الخمسين محمولة عن خمسين سمراء ثم حطه الباقي جاز.

الباجي: أجاز ابن القاسم ما هو أشد قال من له مائة محمولة على رجل فأخذ منه بعد الأجل خمسين سمراء، ثم رهنه الباقي دون شرط جاز وهذه أشد تهمة.

ابن الحاجب: قضاؤه بجنسه بعد أجله بأجود يجب.

ابن هارون: نحوه حكى أبو الطاهر وابن شاس، وفيه نظر لأنه لا يلزمه قبول منته.

ابن عبد السلام: كنقل المؤلف قال غير واحد من المتأخرين: إنه يجب قبول الأجود وهو بعيد عن أصول المذهب لأنه معروف لا يلزم قبوله.

قُلتُ: ما نقله ابن هارون عن أبي الطاهر لم أجده فيه لا في ذكره الاقتضاء في كتاب الصرف ولا في كتاب السلم، وفيما ذكراه عن ظاهر المذهب نظر بل ظاهر قولها من اشترى جارية على جنس فوجد أجود منه لزمه كنقل ابن شاس لأن مسألة المدَوَّنة عامة في البيع والسلم، والأظهر إن دفعه المسلم إليه على وجه التفضل لم يلزم قبوله، وإن دفعه لدفعه عن نفسه مشقة تعويضه بمثل ما شرط لزم قبوله. وفي سلمها الثاني، منع أخذ محمولة من سمراء بعد الأجل من الكفيل بخلاف الغريم لأنه منه بدل، ومن الكفيل بيع إذ لا يرجع بما أدى، وفيها مع غيرها قضاؤه بصفته وقدره قبل الأجل جائز، ولا يجب قبوله وأجود مساويًا أو أقل أو أكثر وأدنى كذلك لا يجوز لأنه ترك

ضمان بعوض، وتقدم نقل اللخمي جواز ضع وتعجل.

وقال ابن زرقون في ترجمة (ما جاء في الربا في الدين)، تأمل ما حكاه اللخمي إن ابن القاسم يجيز التعجيل بالوضيعة فأراه وهمًا. وفي سلمها الثاني إن أسلمت إلى رجل في ثوب موصوف فزدته بعد الأجل دراهم على أن يعطيك ثوبًا أطول منه في صفته من صنفه أو من غيره جاز معجلًا، ولا يجوز أخذ أدنى مع بعض الثمن إن كان لا يعرف بعينه، وغاب عليه، ولو كان يعرف بعينه جاز، وتعقبه بعضهم بأن رد العين لا ينافي السلف فيدخله ما يدخل فيما لا يعرف بعينه من علة دخول البيع فيما اقتضى والسلف فيما رد من رأس المال، ويجاب بأن العلة تهمة البيع والسلف لا حقيقته، والتهمة فيما لا يعرف بعينه واضحة لإمكان التصرف فيما قبض ورد مثله وامتناعه فيما يعرف بعينه تضعفها.

وفيها إن أسلمت لرجل في ثياب فزدته قبل الأجل دراهم نقدًا على أن زادك في طولها جاز لأنهما صفقتان، ولو كانت صفقة واحدة ما جاز كما لو دفعت له غزلًا ينسجه ستة في ثلاثة ثم زدته دراهم، وغزلًا على أن يزيدك في طول أو عرض جاز، وهما صفقتان.

الصقلي عن سَحنون: لا يجوز في السلم وأخاف كونه دينًا بدين.

اللخمي: الأول أصوب إن كانت تلك الزيادة لا يرتفع لها ثمن الأول، وإن كان ذلك مما يرتفع له ثمن الأول لم يجز.

قُلتُ: ما خافه سَحنون مردود بقول ابن القاسم لأنهما صفقتان، أن الصفقة الأولى باقية لثبوتها السالم عن تحقق منافيها، والمعاملة الثانية صفقة ثانية لتعلقها بغير متعلق الأولى، والقولان بناء على أن الشيء من حيث كونه وحده ليس بمخالف له من حيث كونه مع غيره أو هو مخالف له.

فإن قلت: قولها: في كتاب الأيمان بالطلاق من قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم قال لها مع نساء معها: إن تزوجتكن فأنتن طوالق، فإن نكحها لزمته طلقتان، يقتضي أن الشيء من حيث كونه وحده مخالف له من حيث كونه مع غيره، وإلا كان المعلق عليه فيهما واحدًا ولو كان واحدا لم يلزمه إلا طلقة واحدة، وهذه المخالفة ألغاها

في مسألة السلم في قول ابن القاسم، وقد يجاب بأن مخالفة الشيء من حيث انفراده لنفسه من حيث كونه مع غيره إنما هو باعتبار ذاته في نفسه لا باعتبار المقصود منه وتعلق الأغراض به، والمعتبر في تعدد الطلاق الأول لأنه يتغير بمطلق مغايرة ما علق عليه ولو بأمر عقلي، والحيثيتان توجبان التغاير العقلي، وهو قول ابن التلمساني في شرح المعالم وغيره الشيء في نفسه ليس كهو مع غيره.

والمعتبر في البيع التغاير الثاني لأن البياعات مبنية على الأغراض، والقصود، ولذا تختلف أثمان المبيع في وقتين مع اتحاد ذاته فيهما، وتتفق أثمان المختلفات في ذاتها، ولذا اعتبر اللخمي تغير ثمن الأول بالزيادة، وعدم تغيره، ومما يدل على لغو الاعتبار الأول في البيع أنه يجوز في المرابحة لمن اشترى مكيلًا أو موزونا بقيت له منه بقية أن يبيعها دون بيان قاله الصقلي وهو ظاهر المدَوَّنة، ولم يذكروا فيه **خلافًا** عن سَحنون ولا عن غيره فتأمله، ولابن عبد السلام فيها كلام حاصله: التمسك بما قررنا به قول سَحنون من وجوب التغاير بالحيثيتين.

الباجي: إن زاد على أن يزيده في الصفاقة والطول ففي الموازيَّة لا يجوز لأنه نقله لصفة أخرى.

ابن زرقون: ولا يجوز على أن يزيده في العرض.

قُلتُ: إن أراد مع الزيادة في الصفاقة فصواب وإن أراد دونها، ففيه نظر، وظاهر ما تقدم من لفظ المدَوَّنة في طول أو عرض جاز جوازه، والحق إن كان الثوب للتفصيل فزيادة العرض كالطول وإلا لم يجز لأنه يصير العرض صفة فيه.

وفيها: إن أسلمت في ثوب فزدته بعد الأجل دراهم على أن يعطيك ثوبًا أطول منه في صفته أو من غير صفته جاز إن تعجلت ذلك.

ابن محرز في غير صنفه إن كان مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال.

اللخمي: معناه أن الثوب المأخوذ معين وإلا دخله السلم الحال.

قُلتُ: وفسخ الدين في الدين ولذا قال عبد الحق: إنما شرط تعجيل الثوب لئلا يدخله بيع وسلف، إن كان من صنف المسلم فيه، وفسخ الدين في الدين إن كان من غير صنفه.

قُلتُ: تخصيصه دخول البيع والسلف بها إذا كان من صنفه إنما هو على ما تقدم في المسألة الأولى من أصل ابن القاسم، وأما على أصل سَحنون فيدخله فسخ الدين في الدين.

ابن شاس: إن زاده بعد الأجل دراهم على أن أعطاه أزيد في الثوب طولًا أو عرضًا جاز إن عجل الدراهم، قال في الكتاب لأنهما صفقتان، كما لو دفعت إليه غزلًا ينسجه ثوبًا ثم زدته في الأجر على أن يزيدك في طول أو عرض، وأنكره سَحنون ورآه دينًا بدين وأجازه في الإجارة لأنه شيء بعينه، والسلم مضمون.

قُلتُ: وتبعه ابن الحاجب وكلاهما واهم لأن قوله في المَدَوَّنة لأنهما صفقتان إنما قاله فيما إذا كان ذلك قبل الأجل حسبما تقدم.

[باب في جواز اقتضاء غير جنس ما أسلم فيه]

واقتضاء غير جنس ما أسلم فيه ضبط ابن محرز: جوازه بصحة بيعه قبل قبضه، قال: فيمنع وهو طعام وبصحة بيعه المقتضي فيمنع ورأس المال ذهب، والمقتضى عن غير الطعام فضة والعكس، قال ولو كان رأس المال دنانير في عروض فأخذ عنها أقل من رأس ماله جاز، واتقاه عبد العزيز ومنع ابن القاسم هذا في الطعام أن يأخذ عن ثمن مائة إردب سمراء خمسين مثلها، وقال: أخاف أن تكون الخمسين ثمنًا للمائة، وأجازه في العروض وعللوه بأن الطعام يدخله التفاضل والضمان معًا، وفي العروض الضمان فقط، وفي الدنانير التفاضل فقط، ولما ذكر ابن بشير هذا في كتاب الصرف قال: والقولان في الطعام لما اجتمع فيه علتان.

وفي كتاب الآجال منها قال مالك: لمن باع طعامًا بثمن لأجل أن يشتري بمثل الثمن قدر ما باع منه من الطعام.

ابن محرز ظاهره منع شراء أقل منه كقول ابن القاسم في مسألة السلم: أخاف أن تكون المائة ثمنًا للخمسين وأجازه أكثر المذاكرين وفرقوا بأن البيعة الثانية في مسألة الآجال غير متعلقة بالبيعة الأولى، بخلاف مسألة السلم، ويصح هذا الفرق أنه لو اشترى منه شعيرًا أو قمحًا غير الجنس الذي باع منه جاز، ولا يجوز أن يأخذ ذلك

قضاء عن ثمن الطعام قال: ولو اقتضى ذلك قبل الأجل اشترط مع ذلك صحة سلم المقتضى في المسلم فيه فيمنع أخذ سلت والمسلم فيه قمح قال وأولى من هذا أن يعتبر صحة قرضه فيه ولذا لا يحتاج إلى اعتبار كون ما بقي من الأجل أنه كأجل السلم لأن محل القضاء في هذا الموضع محل القرض، ولو أسلم عرضا في حيوان اقتضى عنه عرضا يصح أن يسلم فيه جاز، وينبغي فيه اعتبار مقدار ما مر من أجل السلم فإن كان مثل أجل السلم جاز وإلا فلا لاعتبارهم صحة سلم رأس المال فيما اقتضى إلا أن الأجل في السلم لعمرى لا يبلغ مبلغ الربا في القوة وهو مما ينظر فيه ابن بشير في رعي أن يمر بين عقد السلم والاقتضاء مقدار أجل السلم طريقان للأشياخ وكذا يختلف في رعي بقاء أجله من وقت الاقتضاء لحلول أجل السلم.

ولزوم اقتضائه بحلوله:

ابن بشير في التهذيب: حكى ابن محرز عن الأشياخ أنه إن عجل المسلم إليه قضاء السلم قبل أجله بيومين لزمه قبوله لأن الأسواق لا تتغير في هذا القدر ولا تختلف فيه الأغراض.

قُلتُ: إنما حكاه ابن محرز في السلم الثاني رواية لأشهب وهو خلاف نصها في السلم الثاني إن أتاك من لك عليه طعام من سلم به قبل الأجل لم يجبر على أخذه وفي القرض يجبر عليه.

وفي شرط محل القضاء طريقان: المتيطي تعيينه مستحسن.

ابن الحارث: إن لم يذكر، فسد السلم اتفاقًا.

الباجي عن القاضي: الأفضل ذكره، لرفع النزاع، وفي الموازيَّة: لا يضر عدم ذكره وإطلاق العقد يقتضي كونه ببلد العقد وسمع عيسى ابن القاسم القضاء حيث قبض الدراهم فيحتمل أن يريد موضع النقد، ويحتمل أن يريد بلده، وجعله سَحنون كالحمل للحطب يلزمه إيصاله لمنزل المبتاع. وفي سلمها الثاني لابن القاسم من أسلم في طعام على أن يقبضه بمصر لم يجز حتى يسمى الموضع منها لأنها ما بين البحر إلى أسوان.

الصقلي: بخلاف كراء دابة إليها ذلك جائز وينزله بالفسطاط لأنه العرف عندهم ولا عرف لهم في القضاء.

قُلتُ: هو نصها في الرواحل والدواب.

وفيها: إن عينا الفسطاط جاز ويتعين سوق المسلم فيه فإن لم يكن له سوق فحيث ما قضاه منها لزمه.

الصقلي عن سَحنون: يلزمه في منزله ولو كان له سوق.

التونسي: وهو الحكم اليوم لأنه العرف.

قُلتُ: وكذا هو في وقتنا وما قبله في وقت شُيُوخنا.

ابن بشير: إن شرط موضعًا معينًا ففي أي موضع يقضيه فيه وقعت ثلاث روايات: سوق المسلم فيه. الثانية: موضع العقد. الثالثة: جميع نواحي البلد.

وليس هو بخلاف إنما هو نظر للعوائد.

ابن بشير: إن أتى المسلم المسلم إليه في غير البلد المشترط فيه القضاء، والدين عين، فالقول قول من طلب القضاء منهما، فإن كان عرضا له حمل لم يجبر من أباه منهما وإن لم يكن له حمل كالجوهر، ففي كونه كالعين قولان وهما خلاف في حال إن كان الأمن في الطريق فهو كالعين وإلا فكالعرض، وينبغي في الخوف أن يكون العين كالعرض، وللصقلي في بيوع الآجال عن أشهب: إن تقارب سعر الموضعين فيما خف حمله والبلد بعيد جدًّا فله أخذه بحقه في موضعه، وإن كان على غير ذلك لم يجبر إلا أن يطوع به فيجبر رب الحق على قبوله لأنه بموضعهما أغلى.

اللخمي: لأشهب في الموازيَّة ما يؤخذ منه إن اتحد سعر البلدين أو هو بالبلد الذي لقيه أرخص جبر المسلم إليه على القضاء.

وفيها: إن شرط قبض الطعام بالفسطاط لم يجز أن يقبضه بغيرها ويأخذ كراء المسافة لأن البلدان كالآجال فكأنك بعته قبل قبضه أو أسقطت عنه الضمان على مال تعجلته فإن وقع رد الكراء، ومثل الطعام بموضع قبض إن فات وأتبعته بطعامك بالفسطاط.

ابن محرز عن ابن الكاتب ولو لم يعطه الكراء أشبه أن لا يجوز لأنه ازداد حمله لغير البلد الذي شرطه ألا ترى إن قرض الطعام لا يجوز شرط قبضه في غير بلد قرض، ويؤكد المنع اختلاف الأسعار كما لو دفع غير الصنف، وزيادة.

ابن محرز: وفي الموازيَّة والواضحة جواز قضاء مثل ما له عليه بغير البلد إذا حل أجله وإن لم يحل لم يجز والنظر يوجب أن لا فرق بين الحلول وعدمه.

وفي النوادر وغيرها: قال يحيى بن عمر عن أَصْبَغ: قضاء مثل ما في الذمة من طعام بيع أو قرض بغير البلد وقد حل أجله جائز، ولا يجوز أدنى ولا أجود وقبل حلوله لا يجوز بحال، ولو كان مثل ما في الذمة، وقاله ابن القاسم في الموازيَّة في الطعام والعرض، قال: ويدخل في أخذ المثل ما يدخل في أخذ أدنى أو أرفع، وأجاز سَحنون أخذ المثل ولو قبل الأجل.

ابن عبدوس: هذا أجود والقياس أن لا يجوز بغير البلد على حال ونحوه لابن زرقون في آخر ترجمة جامع الدين والحول.

قُلتُ: ففي جواز اقتضاء المثل بغير البلد ثالثها: إن حل لسَحنون وابن الكاتب مع قول ابن عبدوس هو القياس، وأَصْبَغ مع ابن القاسم وغير المثل لا يجوز بحال.

والمنع لبيع الطعام قبل قبضه مؤثر في اقتضاء طعام السلم لا القرض ولضع وتعجل عام فيهما ولذا تساويا في المنع في اقتضائه بغير بلده فاقتضاء ما ليس من جنس الطعام عنه لا يجوز في البيع ويجوز في القرض لجواز بيعه قبل قبضه.

وفي آخر سلمها الأول: لا تأخذ من حنطة سلمًا دقيقًا.

الصقلي في السلم الثالث عن التونسي في سماع عيسى ابن القاسم: جواز اقتضائه منه، وفي رسم مسائل كراء وبيوع من سماع أشهب سئل ابن القاسم عمن أسلف مائة إردب قمحًا فأخذ تسعين إردبًا قمحًا وعشرة أرادب شعيرًا أو دقيقًا بعد الأجل، فقال: لا بأس به.

ابن رُشْد: إن كانت التسعون مثل المائة التي له لا أفضل ولا أدنى جاز أخذه ذلك في المجلس لأنها مبادلة، وجاز أخذها تمرا، لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه، ولو كانت أدنى أو أفضل لم يجز أن يأخذ في المجلس بالعشرة الباقية شعيرًا ولا شيئًا من الأشياء على قول ابن القاسم، وعلى قول أشهب في كتاب الصرف من المدَوَّنة تفصيل مذكور في رسم أوصى من سماع عيسى وله بعد انصرافه أن يأخذ في مجلس آخر عن العشرة شعيرًا أو دقيقًا مثل كيلها أو تمرًا أو ما شاء من العروض والعين.

وحمل التونسي المسألة على أن المائة من سلم، فقال فيها: جواز اقتضاء الدقيق من القمح في السلم وليس بصحيح؛ لأنه قال: سئل عمن أسلف مائة إردب، ولم يقل في مائة إردب.

وسمع عيسى ابن القاسم: لمن أسلم ويبة قمحًا أخذ نصفها قمحًا، ونصفها دقيقًا أو شعيرًا أو ثمرًا كمن له ديناران، له أخذ دينار عينًا، ويأخذ بالآخر ما شاء قمحًا أو دراهم، فإن قيل الدينار لا يصلح أن يأخذ نصفه عينًا، ونصفه شيئًا آخر فالويبة بمنزلته قيل: ليس كذلك، لأن الدينار لا يتبعض والويبة تتبعض كدينارين وله أن يأخذ من ويبة القمح نصفها قمحًا، وبالنصف الآخر كل ما يجوز بالقمح متفاضلًا وما لا يجوز إلا مثلًا بمثل لا يأخذ إلا مثل ما بقي من الكيل إن كان له ويبة محمولة فلا خير في أخذه نصفها سمراء، ونصفها شعيرًا أو شيئًا من الأشياء في صفقة واحدة ولو كان ذلك في صفقتين في وقتين فلا بأس به.

ابن رُشْد: لابن أبي جعفر عن أشهب أن الويبة كالدينار فلم يجز ذلك فيها.

وقول ابن القاسم أصح كالدنانير والدراهم المجموعة، وإنما لم يجز في الويبة المحمولة نصفها سمراء ونصفها شعيرًا لأن السمراء أفضل من المحمولة والشعير أدنى فيدخله التفاضل المعنوي، ولا خلاف في منعه وكذا أخذ نصف ويبة سمراء، وفي النصف الآخر صنف آخر تمرًا وشبهه، ولو كان له عليه ويبة سمراء فأراد أن يأخذ منه نصف ويبة محمولة ونصف ويبة شعيرًا أو كان له ويبة شعيرًا فأراد أن يأخذ منه نصف ويبة سمراء ونصف ويبة محمولة لجاز على أحد قولي ابن القاسم في المدَوَّنة، وقول أشهب فيها خلاف ظاهر قول ابن القاسم في هذه الرواية، وفي رسم إن خرجت بعد هذا دليل على القولين فهي ثلاثة أوجه:

وجه جائز اتفاقًا، ووجه لا يجوز اتفاقًا، ووجه مختلف فيه.

فالاقتضاء يفترق من المبادلة والمراطلة في وجهين:

أحدهما: أن من كان له على رجل ذهب أو طعام جاز له أخذ بعضه على صفته التي وجبت له وباقيه على **صفة** أرفع أو أدنى اتفاقًا، ولا يجوز بدل قفيز من قمح، بقفيزين أحدهما مماثل والآخر أجود أو أدنى ولا تجوز مراطلة ذهب بذهبين أحدهما مماثل

والآخر أجود أو أدنى إلا على اختلاف أجازهما ابن حبيب ومنعهما سَحنون، وأجاز ابن القاسم المراطلة لا المبادلة.

والثاني: من له على رجل دين ذهب أو طعام لا يجوز له أن يأخذ منه ذهبًا أو طعامًا أدنى مما له، من وجه وأفضل من وجه، وذلك جائز في المبادلة والمراطلة.

وفيها: إن قبضت طعام سلم أو بيع على تصديق الدافع جاز ولا رجوع لك بما تدعي من نقص إلا ببينة لم تفارقك من حين قبضك ثم ما ثبت من نقص أو زيادة كنقص الكيل وزيادته فلا رجوع به، وما زاد على المتعارف فلك وعليك.

اللخمي: في الموازيَّة منع أخذه على التصديق ولا أراه اليوم لقلة أمانة الناس فيؤدي للنزاع والخصومة إلا أن يكون الدافع ذا دين.

ابن بشير: ما علل به المنع يجري في المبيع على النقد ولا خلاف في جوازه فيه وإنما ذكر الأشياخ القولين في جواز بيعه بقبض التصديق.

[كتاب القرض]

القرض: دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلا[1]، فتخرج المبادلة المثلية

---

(1) قال الرَّصاع: القرض هو السلف.

قول الشَّيخ: دفع متمول صير جنس القرض دفعا.

(فإن قلت): فيه بحث؛ لأنه صرح بأن القرض يخرج من حد المسلم بما زاده من القيد وإذا صح ذلك صدق على السلف أنه عقد معاوضة ولأي شيء لم يقل عقد معاوضة على دفع متمول إلخ.

قُلتُ: لعل الشَّيخ رأى أن القرض غلب في دفع ما ذكر فقصره على الدفع.

(فإن قلت): فإذا عقد عقدة القرض بينه وبين رجل فهل يقال بينهما قرض.

قُلتُ: إذا ثبت عرفًا أنه غلب على الدفع فلا يقال إلا مجازا وإن صح أنه حقيقة في معنيين فيكون الحد بقوله دفع غير منعكس لأنه خاص بالمعاطاة كما اعترض بذلك الشَّيخ ﷺ على من حد البيع بقوله: دفع عوض في معوض، والظاهر أن السلف غلب على دفع المتمول وهو قصد الفقهاء في الاستعمال قوله: (متمول) أخرج به ما ليس بمتمول إذا دفعه فإنه ليس بقرض ولا يقرض مثل ذلك قوله: (في عوض) أخرج به دفعه هبة قوله: (غير مخالف) أخرج به دفعه في المخالف فإنه لا بد أن يكون مثليا قوله: (لا عاجلاً) عطف بلا على حال مقدرة أي المتمول المدفوع في عوض غير مخالف حالة كونه حالاً أو مؤجلاً لا عاجلاً أخرج بذلك المبادلة المثلية فإنها يصدق الحد عليها لولا الزيادة.

(فإن قلت): أي شيء لم يقل حالاً أو مؤجلاً فقط.

قُلتُ: لأن قوله لا عاجلا أخصر هذا يدل على أنه إذا كان مقدرا يوجبه الإعراب لا يخرج ذلك عن الاختصار.

قال ﷺ: ويشمل الفاسد أشار إلى أن الحد للصحيح والفاسد.

قال: وإن أردت الصحيح زدت في آخر الحد فضلا فقط لا يوجب إمكان عارية لا تحل متعلقا بذمة هذا كلامه ﷺ فقوله: تفضلا احترز به من قصد نفع المسلف وأنه إنما قصد نفع المستسلف فقط لا نفعهما ولا نفع أجنبي لأن ذلك سلف فاسد ولذا قال فقط وهو اسم فعل وتقدم معناه الفاء هل هي عاطفة أم لا فيه ما مر.

(فإن قلت): قوله: تفضلا إنما يخرج به النفع لنفسه والنفع لهما وأما النفع لأجنبي ففيه التفضل عليه كالمتسلف.

قُلتُ: لا لأنه لم يقصد المعروف؛ وإنما يفعل ذلك في الأجنبي لجر نفع له قوله لا يوجب إمكان عارية لا تحل أخرج به عارية الفروج في قرض الأبناء ولا يقال هذا على المشهور وابن عبد الحكم أجاز القرض على رد المثل لأن ابن عبد الحكم إنما أجاز ذلك بشرط ما ذكرنا؛ ولذا قال الشَّيخ لا يوجب إمكان إلخ فتأمله ولذا قيل يجوز قرض الأمة للمرأة ولذوي المحارم منها.

(فإن قلت): هل يرد على حد الشَّيخ الأول دفع شاة معينة في شاة معينة وأن رسمه غير مانع لأنه يصدق فيه القرض.

قُلتُ: يظهر أن ذلك يرد على لفظه ويرد إذا باع شاة بشاة إلى أجل وهي معينة ولا بد من زيادة في الأول في عوض كلي؛ لأن من خاصته أنه لا بد أن يصح ضبطه بصفة كلية وهي متعلقة فيخرج من ذلك تراب المعادن وغير ذلك من الأرضين وعلى ذلك أجروا السلف في ماء القواديس.

(فإن قلت): لم يقيد الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ متعلقه فهل يدخل في ذلك السلف على معين فإذا دفع مالا على معين فهو عنده سلف كما ذكر.

قُلتُ: يصدق فيه سلف ويأتي له متعلقه بعد فتأمله مع هذا الجواب والله أعلم وقد أشار إلى المسألة بقوله وصحته فقصر تعلقه على مال بعينه تقدم نقل ابن سهل فيه في شرط تعلق السلم بالذمة وذكر ما يؤخذ منها ذلك انظره ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ ولو قلنا مماثله بدلا عن مخالفه لم يشمل إلا ما شرط فيه رد المثل لامتناع مماثلة الشيء نفسه وصحة غير مخالفة الشيء نفسه.

قُلتُ: موقع هذا الكلام كأن سائلاً سأل عن سر كون الشَّيخ أتى بغير مخالف ومماثل أخصر وهو مؤدى معناه.

فأجاب رحمه الله بجواب حسن؛ لأنه لو قال: دفع متمول في عوض مماثل لكان حده غير منعكس بما إذا دفع ثوبًا ورده له بعينه فإنه يلزم قبوله وكان ذلك قرضًا ولا يصدق فيه أنه دفع متمول في عوض مماثل؛ لأن الأول هو الثاني ومحال أن يماثل نفسه؛ لأن المثلين غيران ولا يرد ذلك على قوله غير مخالف؛ لأن الشيء يحكم عليه بأنه غير مخالف نفسه هذا موقع كلامه رَحِمَهُ اللَّهُ ونفع به وهنا مسائل لولا الطول لجلبت منها ما يفهم به الحد طردا وعكسا لكثرة أمثلتها.

(فإن قيل): صورة السلم التي في المدَوَّنة وأوردت نقضًا على حد السلم في قولها وسلمك ثوبًا في مثله إلخ هل ترد على رسمه في القرض؟.

قُلتُ: لا ترد؛ بل هي صورة من صور السلف كما تقدم في تأويلها المانع من نقضها على السلم وقالوا هنا للمقرض رد عين القرض ما لم يتغير فتأمله ونقل الشَّيخ عن شيخه ابن عبد السلام رحمهما الله تعالى أن حقيقة القرض معلومة للعامة فضلا عن الخاصة هذا كثيرا ما يقوله الشَّيخ المذكور على جلالة قدره ورسوخه في علمه ويرد عليه تلميذه رحمه الله ورضي عنه برده الصائب وكلامه اللازب وقد رد به مرارا في مواضع توجب إعادتها تكرارًا وقد قدمنا مثلها مرارًا وزاد هنا في تمام رده إن قال وأشياء كثيرة معلومة من حيث وجودها ضرورة عسير علمها من حيث كونها معقولة كالأمر والنهي معلومان للعوام من حيث وجودهما لا من حيث معقوليتهما.

(فإن قلت): الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ لما ذكر حد القرض الصحيح زاد ما رأيته وقد علمت أن الفساد فيه أعم مما ذكر من صورة الفساد ولا يخفى ذلك من مسائله.

قُلتُ: يمكن الجواب بأنها كلها ترجع بالمعنى لما ذكره في حده والله أعلم وينفعنا به بفضله.

(فإن قلت): حد القرض الأول يعم الصحيح والفاسد كما ذكر وصور الفساد فيه كثيرة فإن وقع لأي

ويشمل الفاسد ويخص الصحيح زيادة تفضلا فقط لا يوجب إمكان عارية لا تحل متعلقا بذمة ولو قلنا مماثل بدل غير مخالف لم يشمل إلا ما شرط فيه رد المثل لامتناع مماثلة الشيء لنفسه وصحة غير مخالفة الشيء نفسه وصحة قصر تعلقه على مال بعينه تقدم نقل ابن سهل فيه في شرط تعلق السلم بالذمة وأخذه بعضهم من قصر سلف اليتيم على ما في ملكه يوم السلف.

وفيها: إن قال أحد الشريكين في مكاتب لصاحبه بدئني بهذا النجم وخذ أنت

شيء يرد.

قُلتُ: اختلف في ذلك على قولين ويعبرون عن ذلك في إقرائهم بقولهم هل يرد إلى فاسد أصله أو صحيح نفسه هذه أحسن عبارة فيه انظر الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ ومعناها هل يكون فيه القيمة أو المثل وانتقدها بعضهم بأن قال كيف يرد الفاسد لفاسد أصله فيلزم أن يصحح الفاسد بالفاسد.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: وكنت أجيبهم بأن قولهم ذلك على حذف مضاف دل السياق عليه تقديره إلى صحيح فاسد أصله قال والتصريح به أن حمل الكلام عليه أصوب من عبارة ابن الحاجب في قوله بناء على أن المستثنى الفاسد يرد إلى صحيح أصله أو صحيحه قال رَحِمَهُ اللهُ: وإنما قلنا: أصوب من هذه لتعذر صدق ظاهرها؛ لأن ظاهرها رده إلى نفس صحيح أصله وصحيح أصله إنما هو إمضاؤه بالثمن المسمى فيه وهذا في القرض الفاسد متعذر تصورًا وتصديقًا فتأمله وانظر ابن عبد السلام وابن هارون والله أعلم.

(فإن قلت): إن قلنا بالحد الثاني فيقال: يرد على رسمه إذا سلفه درهما قصدًا للتفضل، ثم رد عليه أكثر عددًا حسن قضاء فإنه لا يجوز.

قُلتُ: لقائل أن يقول السلف في أصله جائز وإنما وقع الفساد في الاقتضاء فقط.

(فإن قلت): إذا أخره بدين قد حل فهو سلف وليس فيه دفع لأن من أخر ما وجب له عد مسلفا اتفاقا ومن قدم ما لا يجب عليه عد مسلفا على المشهور.

قُلتُ: يقال إنما ذلك تقديرا لا حقيقة فلو قال دفع متمول تحقيقا أو تقديرا لكان أحسن وأجمع، وقد تقدم لنا ذلك والله سبحانه الموفق للصواب رَحِمَهُ اللهُ ونفع به بمنه وله أن يقول إن هذه الصورة حكمها حكم السلف؛ لا أنه سلف حقيقة ولقائل أن يورد على قوله صحيح أصله أو فاسد أصله ما وقع في المدَوَّنة إذا أقرض رطلا من خبز الفرن برطل من خبز التنور فإن ذلك لا يجوز كذا وقع فيها لأن التحري في ذلك لا يجوز وإنما يتحرى في الدقيق وهو قرض فاسد والمسألة وقعت في المدَوَّنة واستشكل أصلها ابن محرز فهذه صورة من صور الفساد في القرض ولا ترجع إلى ما ذكر الشَّيخ من كون أنها ترجع إلى صحيح النفس أو فاسد الأصل إذا وقعت إلا أن يقال بأن الحكم كذلك فينظر ما وقع للشُيُوخ فيها بعد وقوعها، والله أعلم.

النجم الثاني ففعل ثم عجز العبد عنه رجع على صاحبه لأنه سلف منه له ونحو النفقة على اليتيم النفقة على الزرع الرهن والضالة ونحو ذلك.

ابن عبد السلام: حقيقته معلومة للعوام فضلا عن الخاصة.

قُلتُ: يرد بأنه إنما هو كذلك من حيث وجوده لا من حيث معقوله كما تقرر في حقيقة العلم ونحوه وأشياء كثيرة معلومة من حيث وجودها ضرورة عسيرٌ علمها من حيث كونها معقولة كالأمر والنهي معلومان للعوام من حيث وجودهما ضرورة لا من حيث معقوليتهما.

وحكمه من حيث ذاته الندب وقد يعرض ما يوجبه أو كراهته أو حرمته وإباحته تعسر.

[باب في متعلق القرض]

ومتعلقه ما صح ضبطه بصفة كليا[1]، فيخرج كما قال اللخمي وغير واحد تراب

---

(1) قال الرَّصاع: قال رَحِمَهُ اللَّهُ متعلق القرض (ما صح ضبطه بصفة كليا).

قال الشَّيخ فيخرج كما قاله اللخمي وغيره تراب المعادن والصواغين والدور والأرضون قال الشَّيخ ومنها عندي قرض قوادس قفصة ونحوها لأنها قدر ماء عين بقدر من أصلها كقولها في شرب يوم أو يومين من كل شهر من عين هذا راجع لكونه متعلقا بذمة من جزء أو من أرض معينة ولهذا وقعت به الشفعة في بعض أحواله والأرض لا تقرض وأجاب عن فتوى ابن رُشْد بقرض ماء ليلة بأن ذلك في ماء فخرج عن أصله ولذا لم يقيده في النهر وفتوى بعضهم بجوازه في القوادس لا أعرفه نصًّا ولا تصريحا ثم ذكر مسألة القرية وأسلم في طعامها وفرق الشَّيخ بينهما بأن الطعام الأصل جواز السلم فيه والأرض الأصل منع القرض فيها انظره وهو ظاهر وكان يمر لنا أن الجاري على قول أشهب بجواز السلم في الفدادين الجواز في قرض الماء المذكور لأن ما جاز السلم فيه إلا الجواري جاز قرضه قال ابن الحاجب يجوز قرض ما يثبت سلما إلا الجواري وهذه الكلية صحيحة بقيد استثنائها وكان يمر لنا في الجواب صحة جواب الشَّيخ في مسألة السلم في طعام القرية.

(فإن قلت): لما ذكر الشَّيخ ابن عبد السلام رَحِمَهُ اللَّهُ كلام ابن الحاجب في هذه الكلية قال والظاهر أن الكلية التي ذكرها ابن الحاجب مطردة منعكسة غير أن العكس لا يحتاج فيه إلى استثناء قال ومن قال بعدم العكس في هذه الكلية وزعم أن جلد الميتة المدبوغ يصح قرضه ولا يصح أن يسلم فيه فهو غير صحيح بكل اعتبار فما معنى عدم صحة ما ذكر بكل اعتبار.

=

المعادن والصواغين والدور والأرضون والبساتين. ومنها عندي قرض قواديس قفصة ونحوها لأنها قدر ماء عين يقدر من أصلها كقولها في شرب يوم أو يومين من كل شهر من عين وهذا راجع لكونه جزءا من أرض معينة ولذا تعلقت به الشفعة في بعض أحواله.

والأرض لا تقرض وفتوى ابن رُشْد بقرض ماء ليلة إنما هو في الماء مجرى عن أصله ولذا لم يقيده من البئر وفتوى بعضهم بجوازه في القواديس لا أعرفه نصًّا ولا تخريجًا إلا على قول بعضهم في جواز السلم في طعام قرية صغيرة لمن لا ملك له فيها وقد يفرق بأن الطعام الأصل جواز السلم فيه والأرض الأصل منع القرض فيها.

وفيها مع غيرها: منع قرض الجواري المازري والصقلي أجازه ابن عبد الحَكم على رد المثل ونحوه للخمي.

ولابن بشير: أجازه ابن عبد الحَكم وأوجب رد المثل ولفظ اللخمي: لا يجوز قرض الجواري إلا أن تكون في سن من لا توطأ أو يكون المقرض له لا يمكن التذاذه بها لسنه أو امرأة أو محرمًا عليه وطؤها أو مدينًا تقضى عنه.

وقال الباجي: قال ابن عبد الحَكم: يجوز قرض الأمة لذي محرم منها وعلى هذا يجوز للنساء.

قُلتُ: فالأنقال عن ابن عبد الحَكم ثلاثة للصقلي ولابن بشير والباجي.

وفي كون جوازه لتعذر التمتع بها خلقة أو شرعًا تقييدًا للمذهب أو خلافا فيه طريقان للخمي مع الصقلي عن بعض علمائنا والباجي.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: انظر إن نزل قرض الجواري على الوجه الممنوع هل هو كبيع فاسد يفوت بحوالة الأسواق وتجب فيه القيمة، وكذا لو غاب عليها وإن لم يحل سوقها خوف أن يكون وطئها، وقد قال القرويون: للقرض الفاسد حكم البيع

قُلتُ: كان يمر لنا فيه تردد في فهمه ويمكن فهمه أن الكلية المذكورة عكسها ما ثبت قرضه يجوز سلفه على غير اصطلاح المنطقيين ولا يحتاج فيها إلى الاستثناء المذكور في أصلها ثم نقل الشَّيخ: أن قائلا زعم أن العكس فيها لا يصح لنقضها بجلد الميتة فكان ابن عبد السلام صوب هذا وأن العكس فيها لا يصح بكل وجه لا إن ذكر الاستثناء فيها ولا إن لم يذكر.

الفاسد فكذا قرض الجواري وأظن الأبهري قال: يرد فيه المثل.

اللخمي: قال القاضي في المعونة: من اقترض أمة ردها ما لم يطأها ونقله المتيطي غير معزو وكأنه المذهب قال: فإن وطئها فات ردها ولا حد عليه وفي رد مثلها أو قيمتها يوم وطئها قولان، وقال الأبهري: القيمة أعدل.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم للصقلي عنه.

قُلتُ: وفي فوتها بمجرد الغيبة عليها ثالثها: إن كانت غيبة تشبه الوطء فيها للصقلي عن بعض الأصحاب وظاهر نقل اللخمي عن المدَوَّنة والمازري بزيادة وظن بالقابض الوطء. المازري قرض العين لصيرفي على عدم استهلاكها؛ بل ليتجمل بها جائز وتعقبه شيخي عبد الحميد بأنه تغرير بالناس أن هذا الصيرفي ملي.

قُلتُ: الحق أن هذا عارية لا قرض وفي نقله جواز ذلك نظر لقولها: من استعار عينًا أو فلوسًا فهو سلف مضمون لا عارية.

ابن شاس: أكثر المتأخرين في فاسد القرض على رده لحكم البيع الفاسد، واختار ابن محرز أن لا يؤخذ المقترض إلا بما دخل عليه فيغرم المثل ثم يباع فيعطي للمقرض إن كان قدر القيمة أو ناقصا عنها ليس له سواه وإن زاد عليها وقف الزائد فإن طال وقفه تصدق به على من هو له.

قال بعضهم: وقوله يجري في مسألة الجارية.

قُلتُ: إن قيل: ما فائدة وقف الزائد أجيب بأن ابن محرز إنما ذكره فيما فسد لقصد المقرض بالقرض منفعة نفسه ففائدة الوقف حينئذ رجاء انتقال المستقرض عن تمسكه بما دخل عليه من حكم القرض الصحيح لحكم ما قصده المقرض.

وفيها: إن علم أن المقرض أراد بالقرض نفع نفسه كان فاسدًا.

قال ابن محرز: قالوا ويرد مثله إن وجد وإلا فقيمته إن لم يوجد مثله.

وفيها لابن عبد الرحمن: كيف يرد القيمة وهو إنما دخل على رد المثل قال هذا كقولهم فيمن أدخل عليه بدل امرأته أمة جعلها مالك كالمحللة وألزم الزوج القيمة وإن كان لم يدخل عليها ابن محرز وليس يعرف في المسألة وجود أخذ مثلها.

قُلتُ: انظر قوله: أولا قالوا ويرد مثله مع نقله قول ابن عبد الرحمن وليس يعرف

إلخ ونقل المازري كابن شاس في جعل الأشياخ القرض الفاسد كالبيع الفاسد وذكر كلام ابن محرز وقال: هو سديد؛ لاشتماله على الحكم لكل منهما بمقتضى حاله لولا ما ينظر فيه من يتولى هذا البيع وعلى من تكون عهدته.

قُلتُ: لا خفاء في أن العهدة على المستقرض؛ لأنه هو دافع هذا المبيع لإبراء ذمته وأما مؤنة بيعه فعلى المقرض؛ لأن قصده الفاسد هو الموجب لهذا البيع.

ابن الحاجب: إن وطئ وجبت القيمة حكى المنصوص، وقيل: المثل بناء على أن المستثنى الفاسد يرد إلى صحيح أصله أو صحيحه.

ابن عبد السلام: أي هل يصحح برده إلى الأصل المستثنى منه أو يرده إلى صحيح نفسه.

ابن هارون: أي يرد إلى صحيح وهو البيع الفاسد أو إلى صحيحه وهو القرض الصحيح.

قُلتُ: وحكى بعض من لقيناه أن الأشياخ بتونس كانوا يعبرون عن هذا في إقرائهم ومذاكرتهم بقولهم هل يرد إلى فاسد أصله أو صحيح نفسه.

قال: وكان بعض فقهاء طرابلس ينتقد عبارتهم هذه، ويقول: كيف يرد الفاسد لفاسد أصله فيصحح الفاسد بالفاسد وكنت أجبته بأن قولهم ذلك هو على حذف مضاف دل السياق عليه تقديره إلى تصحيح فاسد أصله والتصريح به أو حمل الكلام عليه عندي أصوب من عبارة ابن الحاجب لتعذر صدق ظاهرها؛ لأن ظاهرها رده إلى نفس صحيح أصله وصحيح أصله إنما حكم إمضائه بالثمن المسمى فيه بالثمن وهذا في القرض الفاسد متعذر تصورا وتصديقا فتأمله.

وجر منفعة تخص المقرض تفسده اتفاقاً:

وفيها: ما علم قصد جره فسخ لا ما ادعاه المقرض فيه، وسمع ابن القاسم: من أسلف شاة مسلوخة لجازر على أن يقضيه كل يوم قدرا معروفًا لا أحبه؛ لأني أراه أخذ في سلفه وهي تضمينه له عريضا مقطعا ولو وقع على غير صنعة جاز.

ابن رُشْد: أي لو فعل ذلك رفقا بالجازر فقط بحيث لو باع الجزرة أخذ في ثمنها ما يشتري به من اللحم المقطع أكثر من زنتها جاز، ولأشهب إن كان الجازر جاء يستسلفه

جاز ظاهره ولو كانت له فيه منفعة ومعناه: إذا أسلفه لحاجة الجازر وأنه كان يفعل ذلك ولا منفعة له فيه وهذا لا ينبغي أن يختلف فيه؛ إذ لا يقدر أن يسلفه إياها ويسقط المنفعة عن نفسه مثل رواية زياد فيمن له طعام يخشى فساده فيسأله المحتاج سلفه جائز أن يسلفه له من غير شرط.

وفي جواز سلف الفدان لمن يحصده ويدرسه ويرد كيله إن كان هو السائل ذلك ليتقوت به مطلقا أو شرط كونه من زرع كثير لا يحط عن ربه مؤنة ثالثها: يكره مطلقا لابن حبيب عن مالك وغيره ولمالك في بيوع الآجال ورواية زياد.

وفي جواز قرض العين على قضائها ببلد آخر لخوف الطريق ومنعه ثالثها: إن غلب خوف الطريق، ورابعها: إن طلبه المستقرض لا المقرض لعياض عن **ابن عبد الحكم** مع **الباجي** عن رواية **أبي الفرج** ولها مع **الباجي** عن المشهور واختيار **اللخمي** محتجا بإجازة **مالك** تأخير نقد كراء المضمون لاقتطاع الأكرياء أموال الناس **والصقلي** عن الموازيَّة والصورة هي المسماة بالسفاتج.

عياض: السفتجات بفتح السين وسكون الفاء وفتح التاء بعدها جيم جمع سفتجة وهي البطايق تكتب فيها الإحالات بالديون وذلك أن يسلف الرجل في بلدنا مالا لبعض أهله ويكتب القابض لنائبه ببلد المسلف ليدفع له عوضه هنالك مما له بيده خوف الطريق **الصقلي** عن الواضحة يجوز في سنة الشدة سلف السايس والعفن والمبلول في السليم من ذلك إن اختصت منفعة السلف بالقابض ونحوه نقل **المازري** ولما ذكر ابن بشير القولين في السفاتج وأن المشهور المنع.

قال: وكذلك القولان في المسوس أو القديم في زمن الشدة يشترط أخذه جديدا وهذا يقتضي أن المشهور في السايس زمن الشدة المنع ولم يحك غيره إلا الجواز.

وفيها: قرض طعام أو عرض أو حيوان أو غيره ببلد على أن يوفيه ببلد أخر لا يجوز اللخمي: إلا أن يقوم دليل على كون المنفعة للمستقرض وحده.

وفيها: لا يجوز للحاج قرض كعك أو سويق على أن يوفيه ببلد آخر ويسلفه ولا يشترط اللخمي أجازه سَحنون في الحمديسية للحاج ونحوه للضرورة وهو أحسن.

وفيها: إن استقرض رطلا من خبز الفرن برطل من خبز التنور أو الملة؛ لم يجز ابن

محرز ظاهره جواز رطل من خبز التنور في رطل من خبز الفرن ولا يصح؛ لأن التحري في الخبزين في القرض والمبادلة إنما هو في الدقيق لا في قدر الخبز ونبه على هذا المعنى بقوله في الكتاب ولو لم يشترط فلا بأس أن يأخذ خبز التنور من خبز الفرن إذا تحريا الصواب في ذلك وتحري الصواب إنما هو بتحري الدقيق، **ووجدت** على المسألة بخط ابن اللباد: قال سَحنون: كل ما أصله الوزن فلا بأس بالتحري فيه فيحتمل أن يكون إنكارا لما في الكتاب من إباحة التحري في هذا الموضع؛ لأن هذا أصله الكيل ويحتمل أن يكون سوغ التحري فيه لأن الخبز مما يوزن.

عياض: أكثرهم على أن التحري في دقيق الخبزين لا في وزنهما، وقال اللخمي: إنما المعتبر وزنهما.

وفي جواز شرط المسلف إسقاط يمين دعوى قضائه في العقد أو الطوع به بعده ومنعه ثالثها: منعه في العقد للمتيطي عن محمد بن عمر وابن لبابة وابن العطار بناء على إيجاب استصحاب حال عدم الدعوى ليعد كونه نفعا أو هدية

وإيجابها احتمالها أو الأول فقط؛ لأنه أشد وعلى الأول في استحسان ذكر أن المقرض أعلم بما فيه من خلاف فالتزم لزوم سقوطه وعدمه إذ الحكم للحاكم لا له طريقا ابن الهندي مع ابن بشير والباجي وغيرهم وابن العطار والمذهب لا يجوز لذي دين قبول هدية مدينه.

فيها مع غيرها: إلا من تعودت ذلك منه وعلمت أن هديته ليست لدينك.

وسمع ابن القاسم: من اشترى زيتًا بثمن لأجل ففضل له منه رطلان فتركهما لبائعه لا بأس به وأخاف أن يكثر فإن كثر فلا يعجبني ولا بأس باليسير سَحنون: لا بأس به ولو كثر ابن رُشْد: اتقى مالك ما كثر خوف أن يكون من هدية المديان واستخفه سَحنون وجعله من المسامحة في البيع فلا يقام من هذا أنه يجيز هدية المديان إن كانت مبتدأة على غير هذا الوجه؛ بل لا يحل عنده ولا عند غيره هدية المديان لرجاء التأخير ولا قبولها ممن علم قصده ذلك ولا حرج في ذلك إن صحت النيَّة وقد كان ابن شهاب يكون عليه الدين فإن جاءه غرماؤه أجازهم ولم يقضهم لصحة نيته ويكره لمن يقتدى به قبول ذلك وقول ابن دحون إنما أجاز سَحنون ترك ما نقص من الوزن وإن

كثر لأنه يجيز هدية المديان من بيع ولا يجيزها من مدين قرض إلا أن يجري به عادة غير صحيح لما بيناه.

وفي سلمها الثاني: إذا استزدت ممن أسلمت إليه في مائة إردب حنطة بعد تمام السلم أرادب معجلة أو مؤجلة إلى الأجل أو بعده جاز وكأنه في العقد.

الصقلي قال سَحنون: في غير المدَوَّنة كان يترجح فيها مرة يجيزها ومرة يبطلها وإبطالها خير.

ابن أبي زَمَنَيْن: ينبغي إن مات قبل قبضها منه أن تبطل؛ لأنها هبة لم تقبض.

قال بعض أصحابنا: فيها نظر؛ لأنها هبة مديان وقد يقال: لا تهمة فيها لكثرة الزيادة فخرجت عن هدية المديان، وقال بعضهم: هدية المديان ما ابتدأه من غير سؤال وهذا سأله لاسترخاصه وهذا يقتضي كونها يسيرة أو كثيرة سواء إن كانت بسؤال، وقد قال عبد الملك: الزيادة بعد العقد لاحقة به لها حكمه.

قُلتُ: ظاهره: أنها لا تفتقر لحوز خلاف قول ابن أبي زَمَنَيْن.

عياض: غمزها سَحنون إن كانت قبل الأجل.

قال فضل: أظنه رآه قبل الأجل كأنه عجل له حقه وزاده عياض تفسيره كأن الذي عجل له هو الحق الذي كان عليه إن زاده قدر ذلك يوفيه مع بقية السلم فأسقط عنه الضمان مما قبض وهذا ليس ببين إذ لم يجتر منفعة ولا يسقط عنه بالحقيقة ضمان شيء إذ بقدر ما سقط ترتب عليه في الزيادة.

قُلتُ: ففي منع هدية مدين لذي دينه ما ليس معتادًا له قبل دينه مطلقا أو في دين القرض فقط أو إن لم يطلب منه.

رابعها: إن كانت مقبوضة قبل أجل الدين لمعروف المذهب وابن دحون عن فهمه قول سَحنون والصقلي عن بعضهم وعياض عن فضل عن سَحنون.

ابن شاس عن بعض المتأخرين: إن حدث بينهما من الاتصال ما يعلم أن الهدية له جازت وقيد اللخمي جوازها ممن اعتادها منه رب الدين قبل دينه بكونها قدر ما كان يجري بينهما.

اللخمي: إن كانت قائمة ردت وإن فاتت أو حال سوقها غرم المثل

أو القيمة.

ابن بشير: إن أتلفها المعطي نظر فإن قصد بها التأخير رد مثلها أو قيمتها وإن لم يظهر قصد ذلك لم ترد وفي مبايعته قبل الأجل الجواز والكراهة لنقل اللخمي مع المازري وغيرهما وقول ابن الحاجب وفي مبايعته بالمسامحة الجواز والكراهة غلطٌ ومقتضى ما تقدم من سلمها الثاني في طلب الزيادة جواز المسامحة وتقدم تعقبها.

اللخمي: إن وقعت مبايعته دون مسامحة أو كانت وقضاه الدين مضت وإن طال ردت ولما ذكر المازري قولي الجواز والكراهة قال: وينظر إلى قرائن الأحوال إن ظهر دليل قصد التأخير فسخ البيع وإن ظهر دليل السلامة منه أجيز وكذا إن وقع البيع بعد حلول الأجل وهذا أكثر في التهمة اللخمي: يكره أن يبيع الطالب من الغريم خوف أن يزيده ليؤخره أو يعملا على فسخ الدين في الدين ولم يزده في الثمن مضى فإن زاده في الثمن واعتقبه تأخير حمل على قصد التأخير بالزيادة وإن كان ثمن الثاني قريبًا من الدين الأول حمل على فسخ الدين في الدين إلا أن يعلم أنه اشترى الثانية لقضاء غريم آخر وشبه ذلك فيجوز.

قُلتُ: إن خرج من يد رب الدين في المعاملة الثانية ما هو من نوع الدين دخلته تهمة فسخ الدين في الدين وإلا لم يدخله إلا تهمة الزيادة للتأخير.

وفيها: العطاء هدية عامل القراض كمدين اللخمي: للتهمة على أنها لقصد إبقاء المال للعمل فيه واختلف في جواز نقله عن النصف إلى الثلثين المازري: إن كانت والمال عين فعلة المنع متصورة وإن كان سلعا ففي كراهتها قولا المتأخرين وكذا إن كان ناضا على القول بلزوم عقد القراض قبل العمل وظاهر قول المازري أن خلاف المتأخرين عام في كونها من العامل لرب المال وعكسه.

وقال ابن بشير: وأما هدية العامل لرب المال فإن لم يشغل المال منعت اتفاقا وإن شغل ففي المنع والجواز قولا المتأخرين فخص النقل لكونها من العامل.

ابن شاس: حكم القرض التمليك وإن لم يتصرف ولو أراد الرجوع فيه منع إلا بعد مضي مدة الانتفاع بالشرط أو العادة وإن لم يكن أحدهما جرى على العارية، كذلك قال اللخمي: اختلف إن لم يضرب لها أجلاً ولا يعلم مدة انقضائها فقيل: المعير بالخيار

في تسليم ذلك وإمساكه وإن سلمه فله استرداده وإن قرب وقيل يلزمه القدر الذي يرى أنه أعار إلى مثله.

ابن هارون: اختلف عندنا في مطلقه؛ قيل: يحمل على الحلول، وقيل: يؤجل بقدر ما يرى أنه ينتفع به وعزا ابن عبد السلام القولين للمتأخرين قال: ظاهر كتاب الصرف ضرب الأجل وظاهر كتاب العرية عدمه والأول أقرب.

قُلتُ: ما أشار إليه في الصرف هو قولها: من استقرضت منه عينًا فلا تصرفها منه مكانك فيؤول إلى الصرف ونظرة وإن اشتريت بها منه حنطة أو كتابًا والسلف لأجل جاز على النقد وإن كان حالا جاز يدًا بيد.

عياض: وفي الأصل: أو إلى أجل ووقف هذا الحرف ابن عتاب، وقال أبو محمد: يريد لأجل كأجل السلم وقال سَحنون: هو حرف سوء وأمر بطرحه.

ابن وضاح: هو لأشهب.

قال بعض شُيُوخنا: ومن قول أشهب أدخلها سَحنون وليس لمالك.

قال فضل: فرآه لنا يحيى وما طرحه سَحنون إلا أنه يرد عليه سلفه وأسلم له عينًا في ذمة في طعام لأجل وهذا الدين بالدين وبه علل مالك المسألة ومنعها في المبسوطة وقال: الخلاف في إثبات هذه اللفظة على الخلاف في العارية الحالة هل يجب قدر الانتفاع بها أم لا؟ وكذا السلف الحال ودليل قوله هنا أن السلف الحال إذا وقع مطلقًا تضمن الأجل بقدر ما يرى أنه أراد المتسلف منفعته به وعليه يدل منعه مصارفته.

وللمقرض رد عين القرض ما لم يتغير وبه اتضح تعليل منعه في الإماء بأنه عارية للفرج فإن تغير بنقص فواضح عدم القضاء بقبوله ولو تغير بزيادة فالأظهر وجوب القضاء بقبوله وقول ابن عبد السلام الأقرب عدمه؛ لأنه معروف من المقترض يرد بوجوب القضاء بقبوله قبل أجله وهو عرض لانتفاء المنة على المقرض فيهما لتقدم معروفه عليه بالقرض.

ووجوب قضائه بمحل قبضه، وهو غير عين ويجوز بغيره تراضيا.

الجلاب: إن حل أجله وإلا فلا.

ابن عات عن المشاور: من أقرض طعامًا ببلد فخرب وانجلى أهله وأيس من

عمارته إلا بعد طول فله أخذ قيمته في موضع السلف وإن رجى قرب عمارته تربص إليها ولو كان من سلم خير في الإياس بين تربصه أو أخذ رأس ماله.

قُلتُ: الأظهر إن لم يرج عمارة من قرب القضاء بالدفع في أقرب موضع عمارة لمحل القرض.

وتعجيله قبل أجله طوعًا يجب على ربه قبوله ولو كان على غير عين مطلقًا؛ لأن أجله من حق من هو عليه.

الباجي عن أشهب: لا يجب قبول تعجيل القرض غير عين وعليهما قولاهما بجواز تراضيهما على قضاء أفضل قبل الأجل ومنعه قاله في ترجمة السلف في العروض وقال في ترجمة العينة مشهور قول أشهب إن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل أَصْبَغ في سماعه في السلم والآجال: من تسلف من بعض شركائه في ما يقتسمونه بالقلد أقلادًا في الشتاء فغفلوا عن قضائه حتى الصيف وقد حل فله طلبه فيه وإن كان حينئذ أغلى ثمنًا.

ابن رُشْد: هذا خلاف قول ابن القاسم ومقتضى قوله أنه لا يجب قضاؤه إلا في فصل قبضه لقوله في سماع أبي زيد: من تعدى على من له مع شريكه سقي بالنهار على سقي شريكه بالليل ولا سقي له بالليل غرم له قيمة سقيه بالليل؛ لأن سقي النهار لا يشبه سقي الليل.

ووجه قول أَصْبَغ: أن الواجب في القرض رد المثل دون اعتبار قيمته يوم الأخذ ويوم الرد ومعناه إن اتحد قدر الماء في وقت أخذه ورده؛ لأن العادة قلة الماء في الصيف وكثرته في الشتاء فليس للمسلف في الصيف الأخذ في الشتاء؛ لأنه أكثر من حقه ولا يجبر عليه؛ لأن الزائد معروف لا يجب قبوله ولا للمسلف في الشتاء الأخذ في الصيف؛ لأنه أقل من حقه فباقيه تركه معروف لا يجبر من هو عليه على قبوله ولا يجبر عليه؛ لأنه أقل من حقه فعند عدم التراضي يلزم التربص للفصل الذي أسلفه فيه كمن أسلف فيما له إبان فانقضى قبل أخذ سلفه ولا يدخل فيه الخلاف الذي في ذلك؛ لأن هذا قرض وذلك بيع.

[باب المقاصة]

المقاصة: متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه طالبه فيما ذكر عليهما[1]، ولا ينتقض طرده بمتاركة متقاذفين حديهما أو طلبيهما على شرط ثبوت الحد

(1) قال الرَّصاع: قال ﷺ: (متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما) وفي نسخة متاركة مطلوب مثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما ماليًا.

قوله: (متاركة) مصدر من تارك وذلك مناسب للمقاصة؛ لأنها من فاعلين وكل واحد قد ترك الطلب لوصوله إلى حقه بما في ذمته فحسن من الشَّيخ التعبير بالمتاركة قوله: (مطلوب) يصح أن يكون معمولاً وفاعلاً وطالبه وإن كان مرفوعًا فهو مفعول وإن كان منصوبًا فهو فاعل قوله: (بمماثل) متعلق بمطلوب ولما له متعلق بمماثل وعلى طالبه يتعلق بالصلة قوله: (مماثل) صفة.

قوله: (صنف) فاعل بمماثل أي مماثل في الصنفية فيخرج به المختلفان جنسًا أو نوعًا فإن المقاصة في ذلك لا تصح ولا تجب فإن تماثلا في الصنفية واختلفا في صفة الجودة والرداءة ففيه تفصيل وخلاف معلوم باعتبار حلول الأجل وعدمه واشترط الشَّيخ في المقاصة المماثلة في الصنفية فقط، وقد قيل: إن وقع اختلاف في المقدار والصفة فلا تصح المقاصة وربما يشكل كلام الشَّيخ رحمه الله هل أراد عموم المتفق عليه والمختلف فيه والمشهور وغيره أو مراد الخصوص في الحد وفيه بحث.

قوله: (فيما ذكر) إلخ يتعلق بمتاركة أخرج به المتاركة في غير المذكور هذا الحد الأول الذي رأيت في نسخة والحد الثاني قريب منه بزيادة ماليا في آخره ولعل ذلك أخذه من كلام الشَّيخ في قوله: وإلا زيد إلخ ولنذكر كلامه في قوله: ولا ينتقض طرده بمتاركة متقاذفين حدهما أو طلبهما على شرط ثبوت الحد بالحكم به ومعنى ذلك أنه إذا أورد على الحد في عدم طرده متاركة رجل رجلاً طلب حد صاحبه وقد قذف كل واحد منهما صاحبه فلا يرد ذلك، وبيان توهم إيراده أن الحد يصدق فيه متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما؛ لأن الحد مماثل للحد وكل واحد طالب لصاحبه بمثل ما يطلبه به الآخر فمتاركة ذلك مقاصة.

(فإن قلت): لم زاد الشَّيخ رحمه الله على شرط ثبوت... إلخ.

قُلتُ: لعله أشار رحمه الله تعالى ورضي عنه ونفع به إلى أن القاذف إذا قذف فهل ثبت عليه الحد بقذفه كحق ثبت من مال أو أن الحد لا يثبت له الحق فيه إلا بحكم الحاكم، فإن قلنا بالأول؛ كان متعلق المتاركة الحد، وإن قلنا بالثاني كان متعلقها طلب الحكم بالحد لا الحد وهذا ظاهر من فهم لفظه إلا أن الخلاف المشار إليه المفهوم منه لم نره في فصل القذف وإنما رأيت هل هو حق لله أو لآدمي انظره قوله ولا بمتاركة متجارحين جرحين متساويين؛ لأن المتماثلين عرفا لا لغة ما صح قيام أحدهما بدل الآخر وهذا لا يصدق على حدي القذف ولا طلبهما ولا على الجرحين للإجماع على أن أحدهما لا يصح بدل الآخر وإلا زيد ماليا هنا مثل ما قدمنا في القذفين وأجاب الشَّيخ بأن ذلك لا يرد على

فالحكم به ولا بمتاركة متجارحين جرحين متساويين؛ لأن المتماثلين عرفًا لا لغة ما

الحد ولا يدخل فيه؛ لأن المماثل هنا المراد به المماثل العرفي لا اللغوي والمماثل العرفي هو الذي يصح أن يقوم مقام صاحبه والمماثل صنف ما عليه لما له في الأموال فلا يصح أن ينوب كل منهما عن الآخر؛ لأن من خاصة المماثلة ذلك فاستغنى عن ذكر المال لأجل ما يستلزمه وهو المماثلة وأما في غير الأموال فلا ثبوت لصحة النيابة فلا تثبت المماثلة العرفية لنفي خاصيتها ونفي خاصيتها بالإجماع ذكر، ثم قال: وإلا إلى آخره إن لم تسلم هذه القاعدة في المماثلة فيزاد ما ذكر حتى يطرد الحد.

(فإن قلت): هل يرد على الشَّيخ رحمه الله أن يقال: هذه عناية في الحد وإبهام فيه؛ لأن غاية ذلك إن أوجب الاشتراك في المماثلة.

قُلتُ: لا يرد ذلك عليه؛ لأن العرف مقدم على استعمال اللغة فلا إبهام؛ بل إفهام، ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: وقولنا: ما عليه خير من لفظ الدين أشار بذلك إلى سؤال عليه كأنه قيل له: لأي شيء لم تقل لفظ الدين وهو أخصر مما عليه.

قال في الجواب: لأن ما عليه أعم والدين أخص فلو عبر بالدين لما دخلت عليه النفقة والكتابة، وقد صرح فيهما بالمقاصة وهذا يدل على ملاحظة الألفاظ المختصرة التي يتم الجمع فيها والمنع وإن فاد ذلك غيرها.

(فإن قلت): قد قال الفقهاء: إن المقاصة مستثناة من بيع الدين بالدين، وإذا صح ذلك، وقد حد الشَّيخ بيع الدين بما يناسب جنسه، فإنه قال: بيع شيء إلخ فما سر كونه.

قال: متاركة في جنس المقاصة.

قُلتُ: تقدم لنا لعل المقاصة صارت لقبا على المتاركة شرعًا وذلك يستلزم بيع الدين وفيه نظر، ثم أن الشَّيخ أشار إلى فائدة رَحِمَهُ اللَّهُ وأنه وقع في المدَوَّنة في بيوع الآجال في مثل ذلك أن المقاصة جائزة.

قال: فيجب تفسير المدَوَّنة بالجواز الأعم من الوجوب لا بالجواز الأخص الذي هو قسيمه؛ لأنا لو حملنا المدَوَّنة على الجواز الأخص؛ لكان فيها أن المقاصة غير واجبة والمشهور وجوبها فيجب تأويلها بما ذكره.

(فإن قلت): كثيرًا ما يقول الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: المشهور قد لا يتقيد بها ويكون المشهور في غيرها خلافًا للمغاربة.

قُلتُ: ذلك حيث يتعين النص ويتعذر التأويل وإن أمكن، فيجب لوجوب الأصل المشهور، ثم قال: ومن نحو هذا يقع في المدَوَّنة ما هو من القواعد العقلية للمشاركة في علومها أو لفطرة سنية وهذا حق؛ لأن المشاركة في العلوم لمن يريد الفهم على حقيقته الجاري على أصول الشريعة والقواعد العقلية واجب سيما مع تعرض المتأخرين إلى كثير من المسائل يجريها على قواعد أصولية ومسائل منطقية وكلمات عرفية والله سبحانه يعرفنا قدرنا ويعلمنا ما جهلنا وينفعنا بما علمنا.

صح قيام أحدهما مقام الآخر وهذا لا يصدق على حدي القذف ولا طلبيهما ولا على الجرحين للإجماع على أن أحدهما لا يصح بدل الآخر بحال وإلا زيد في الرسم ماليًا وقولنا ما عليه خير من لفظ الدين؛ لتدخل المقاصة فيما حل من الكتابة ونفقة الزوجة.

وعبارتها في آخر بيوع الآجال هي جائزة فيجب تفسيره بالجواز الأعم من الوجوب لا بقسيمه وإلا كان خلاف المشهور كالإمكان الأعم من الواجب ومن نحو هذا يقال يقع في المدَوَّنة ما هو من القواعد العقلية للمشاركة في علومها أو لفطرة سنية ولابن رُشْد في رسم العشور من سماع عيسى من النذور: مشهور المذهب وجوب الحكم بالمقاصة، وروى زياد: لا يحكم بها ومثله في كتاب الصرف منها خلاف ما في النكاح الثاني والسلم الثاني والوكالات منها وعلى المشهور لو اشترى على أن لا مقاصة ففي لغو الشرط وإعماله سماع القرينين وقول ابن كنانة مع ابن القاسم في المدنيَّة وتأول ما في الصرف عليه؛ لأن كون الصرف على المناجزة كشرط تركها وتعليله يرد هذا التأويل، وقيل: يفسد البيع بشرط تركها إن كان الدين حالا فيدخله البيع، والسلف روي هذا عن ابن القاسم، وقال أَصْبَغ: هو خفيف إن لم يضرب للدين أجلاً، ولم يشترط ألا يقضيه ذلك اليوم فالدينان إن كانا عينًا متحدي الصنف والصفة والقدر، وقد حل أجلهما جازت المقاصة فيهما اتفاقًا.

ابن بشير: هذا على جواز صرفا ما في الذمة وعلى منعه ينبغي ألا تجوز إلا بحضرة العينين، ورده ابن عبد السلام وابن هارون بأن الصرف مبايعة لاختلاف العوضين؛ وهما في المقاصة متفقان فلا مبايعة حسنٌ أشار إليه المازري في مقاصة العرضين.

اللخمي: إن سلمت المقاصة من الفساد اعتبر دخوله في أصل مداينتهما فإن كان الدينان دنانير متساوية وإحداهما ثمن قمح والأخرى ثمن تمر لم تجز على أصل ابن القاسم في **المدَوَّنة**؛ لأنهما يتهمان على بيع قمح بتمر ليس يداً بيد، والمقاصة لغو إلا أن يكون البيعتان نقدًا أو الأولى مؤجلة والثانية نقدًا وأخذ عن المبيع أولا ما يباع به نقدًا فتجوز، وإن كان الثاني ثمنًا؛ لم تجز وكذا إن كانت في عروض من سلم، فإن اتفق رأس المال أو كان الأول أكثر جاز، وإن كان الأول أقل لم تجز لتهمتهما على سلف بزيادة، وإن كان رأس مال أحدهما دنانير والآخر دراهم؛ لم تجز على قول ابن القاسم في **المدَوَّنة**

لتهمتهما على صرف مؤخر، وتجوز على ما في المجموعة إلا أن يكون رأس مال الأول أقل مما يكون الصرف يوم السلم الأول وإن اختلف قدر الدينين.

قال ابن شاس: إن كان من بيع منعت اتفاقًا؛ لأنه بدل عين بأكثر منه.

وقال ابن بشير: إن اختلفا في المقدار والصفة؛ لم تجز المقاصة إلا أن يحل الأجلان، وكذا إن اختلفا في المقدار دون الصفة وتبع ابن الحاجب ابن شاس فقال: إن كان الدينان من بيع وتساويا صفة وحلولاً ومقدارًا جاز اتفاقًا، فإن اختلف القدر منع اتفاقًا وقبله ابن هارون وابن عبد السلام، وصرح بما أشار إليه ابن شاس من إجرائه على حكم المبادلة في اغتفار زيادة يسير الوزن.

قُلتُ: والأسعد بالمذهب نقل ابن بشير لقبول الصقلي قول ابن حبيب: إن كان أحد الذهبين ناقصًا والآخر وازنًا؛ لم تجز المقاصة حتى تحل الوازنة، وقال محمد: إن اختلف العدد فمكان أولهما حلولاً أكثرهما؛ جازت المقاصة ومثله في النوادر، ولأن علة منع الزيادة في البدل كونه صريح معاوضة في معينين حسيين تختلف الأغراض في أعيانهما وإلا لما طلبت المبادلة فيهما فاندرجت تحت بيع الذهب بالذهب؛ فالزيادة فيها ربىً والمقاصة عرية عن هذا؛ لأن العوضين فيها كليين غير معينين، فكانت الزيادة فيها محض هبة وإن اتحد قدرهما ولم يحلا ففي جوازها مطلقًا ومنعها إن لم يحل أحدهما، ثالثها: هذا إن اختلف أجلهما وإلا فالوقف للخمي عن ابن القاسم وابن نافع ومالك وعزاه المازري لرواية أشهب ابن بشير: إن لم يحلا أو حل أحدهما فقط فالمشهور الجواز، وشذ المنع وعن مالك: إن حلا جاز وإلا فالوقف.

قُلتُ: فعلى هذا اختلاف أجلهما كاتحاده في الوقف.

قُلتُ: قوله: وشذ المنع خلاف متقدم قولنا إن حل أجل أحدهما جاز اتفاقًا، وصرح هو بالاتفاق وذكر هذا عقبه.

قال: وهو بناء على أن المقاصة تعجيل من الذمة؛ ليأخذ منها عند الأجل وهو أصل المشهور وألغاه هنا لبعد التهمة.

قُلتُ: التهمة إنما تتصور بحيث تلغى في عدم حلول أحدهما لا في حلوله؛ لأنا إن قلنا: المقاصة تقتضي البراءة؛ فالذي عليه ما لم يحل هو مسلفه بتعجيله حكمًا وإلا فهو

مسلف ما وجب له أخذه ليأخذه من ذمته عند حلوله ولا تهمة في السلفين بحيث تلغى بحال وتوهم أخذ هذا الشاذ من رواية اللخمي منعه إذا اختلف الأجل لا يصلح؛ لأنه لا يصدق اختلاف الأجل إلا وكلا الدينين مؤجل وإن حل أحدهما فلا أجل له ولأنه علله بالمكايسة.

قال: ولا مكايسة في اتحاد الأجل.

قُلتُ: وكذا في حلول أحدهما وإن اختلفت صفتهما فقط؛ جازت إن حلا وإلا ففي جوازها مطلقًا ومنعها ثالثها: إن حل الأجود أو كان أولهما حلولاً لتخريج بعض شُيُوخ المازري على أن المقاصة متاركة تصير ما في الذمتين مؤجلاً كحال مع تصريح اللخمي به، ونقل ابن بشير مع ابن شاس عن ابن محرز عن المذهب واللخمي عنه، وإن اختلف نوعهما كذهب وفضة ففي جوازها ومنعها ثالثها: إن حلا لتخريج المازري مع عزوه ابن بشير لأصل إسماعيل القاضي وابن حارث عن ابن كنانة مع ابن وَهْب والمشهور ابن بشير والمازري: والقرض فيما ذكر كالبيع وتعتبر في القرض الزيادة في الصفة فتغتفر لا الزيادة في العدد على المشهور.

وفي الموازيَّة: إن اختلف العدد في القرض منع مطلقًا.

وقال بعض أشياخي: إن كان القرض أولاً أقل عددًا وما اقترض ثانيًا أكثر عددًا منعت وجعل المقاصة لغواً والقضاء معتبر حين القرض الثاني وظاهر المذهب الزيادة في العدد حين المقاصة اللخمي إن حلا والأكثر أخرهما قرضًا؛ لم تجز المقاصة عند ابن القاسم وأجازها ابن حبيب وغيره ورأى زيادة العدد كالجودة وإن حل أحدهما وهو الأقل أو كان أولهما حلولاً لم تجز وإن حل الأكثر أو كان أولهما حلولاً أو أولهما قرضًا جازت وإلا فلا، وإن اتحد الأجل جازت ما لم يكن الأكثر أخرهما قرضًا، وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع جازت ما لم يكن الذي حل أو أولهما حلولا الأقل وما لم يعد إلى المقرض أكثر، وفي جوازها في الطعامين: من قرض مطلقًا أو شرط حلولها نقل اللخمي عن ابن القاسم وتخريجه على قول ابن نافع في العين وخرج المازري كل أقوال العين في الطعام وعزاه لبعض الأشياخ في منعها فيهما من بيع مطلقًا وجوازها إن استوت رءوس الأموال ولو لم يحلا قولا ابن القاسم وأشهب، وإن كان

أحدهما من بيع ففي جوازها إن اتفق أجلهما مطلقًا أو بشرط حلولهما ثالثها: بحلول أحدهما مطلقًا، ورابعها: بشرط كونه السلم للمازري عن ابن حبيب وابن القاسم وأحد قولي أشهب وثانيهما.

وهي في العرضين:

قال اللخمي: إن اتحدا في الجنس والجودة كالدنانير إن حلا أو حل أحدهما ويختلف إن لم يحلا واتفق الأجل أو اختلف وإن كان أحدهما أجود فإن حلا أو حل الأجود أو كان أولهما حلولا جازت وإن حل الأدنى أو كان أولهما حلولا دخله ضع وتعجل إن كانا من قرض وإن كانا من بيع دخله ضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك إن حل الأجود وإن كان أحدهما من بيع فإن كان المتأخر في الذمة لم تجز؛ لأنه إن كان أجود حط عني الضمان وأزيدك وإن كان أدنى ضع وتعجل وإن كان المتأخر القرض جازت إن كان الأجود ولم تجز إن كان الأدنى وإن اختلف جنسهما جازت إن حلا وإلا ففيها لابن القاسم: إن اتفق الأجل جازت وإن لم يحلا وإن اختلف لم يجز إن لم يحلا.

وقال محمد: إن حل أحدهما لم تجز.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: ينبغي إن كان العرضان من سلم اعتبار رءوس الأموال فإن تساويا أو كان آخرهما أقل جازت **وإلا** فلا لتهمتهما على دفع قليل في كثير وكذا إن كان أحدهما ذهبا والآخر ورقا ودليله قولها إن ضاع الرهن وأراد المقاصة ولو اتحد وقت سلمهما لم يعتبر رءوس الأموال إذ لا تهمة حينئذ.

اللخمي: إن كان رأس مال أحد العوضين دراهم والآخر دنانير لم تجز المقاصة على قول ابن القاسم في المقاصة من **المدَوَّنة** ويجوز على ما في المجموعة إلا أن يكون رأس مال الأول أقل مما يكون صرفا يوم السلم الأول وإذا سلمت المقاصة من موجب الفساد في فعلهما الآن وفي أصل مداينتهما جازت واختلف لتهمة صرف مستأخر أو بيع طعام بطعام مؤخر، ففي فسخ المحاصة فقط أو البيع الآخر قولان والأول أحسن إن لم تجز بموضعهما عادة فيما اتهما عليه وإلا فسخ البيعان.

[كتاب الرهن]

الرهن: مالٌ قبضه توثقٌ به في دينٍ[1]، فتخرج الوديعة والمصنوع بيد صانعه،

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (الرهن)؛ الرهن في اللغة: اللزوم والثبوت فما ثبت ولزم فهو رهن وفي الشرع أخص، وقوله رَحِمَهُ اللَّهُ: (مال) جنس مناسب للرهن؛ لأن الرهن بمعنى المرهون.

(فإن قلت): لأي شيء عرف الشَّيخ الاسم وترك المصدر وقد عرف الأمرين في الزكاة وغيرها وحقه هنا كذلك؛ لأن الرهن يصدق على إعطائه وهو المصدر.

قُلتُ: قد قدمنا أن الشَّيخ ربما وقع له ذلك وتقدم جواب فيه عنه وذلك أنه إذا استعمل معنى في عرف الشرع فإنما يحمل على ذلك المعنى فإن صح استعماله في غيره عرفهما وهنا قد ذكر بعد أن إطلاقات المتقدمين والمتأخرين على المرهون أنه رهن ولذلك رد على ابن شاس بعد في كونه صير المرهون ركنًا؛ فلذا اقتصر على ما ذكر.

(فإن قلت): وكيف اعترض هنا على ابن الحاجب بأن رسمه إنما يتناول المصدر وهو غيره.

قُلتُ: هذا لا يدل على استعمال الرهن في المعنيين إذا تأمله والله أعلم ويصح رده على ابن الحاجب بما ذكره قوله: (قبضه) هذا أشار به إلى أن الرهن يتقرر من غير قبض وهو مذهب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ وإن وقع منه صحة التوثق به.

قوله: (في دين) أشار بذلك إلى أنه لا يصح أن يكون الرهن في معين وإنما يصح أن يكون في دين والدين لا يتقرر في المعينات.

(فإن قلت): إذا صح له ذلك فقد يقال: أن حده غير منعكس؛ لأنه وقع في كتب الفقهاء أن الرهن يصح في العارية وإطلاقاتهم تدل على الحقيقة كما تقدم.

قُلتُ: الجواب عن ذلك بأن الرهن المذكور لم يكن في المعين؛ وإنما ذلك في قيمته إذا هلك وكان مما يغاب عليه بذلك تأولوا ما وقع لهم وهو صحيح.

(فإن قلت): الشَّيخ رحمه الله ورضي عنه ذكر بعدما يوجب إشكالاً على فهم السامع في حده هنا فإنه قال: المرهون فيه مال كلي لا يوجب الرهن فيه إلى آخر حده على ما سيأتي فقال قولنا: مال دون دين في الذمة؛ ليشمل الكتابة ويخرج بالكلي المال المعين فظهر لي حين الإقراء في حد الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ إن قلت: إن صح حد المرهون فيه؛ فذلك يوجب عدم عكس حد الرهن وإن صح ما هنا من ذكر الدين أبطل ما يأتي له فيما قرره.

قُلتُ: ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: فتخرج الوديعة بقوله توثق به.

قُلتُ: يمكن جوابه أن يقال: بأن الدين هو أعم يقابل ما كان معينًا، وكونه في الذمة أخص فلا يصدق على الكتابة أنها في ذمة على ما قرره ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب الدين في الذمة وشرح به كلامه وأن الكتابة يصدق عليها دين ولا يصدق عليها أنها في الذمة فصح على هذا صدق حده في

الرهن على الكتابة لقوله دين ولم يقل دين في الذمة ولما صحح الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أن الكتابة يصح الرهن فيها عدل عن كلام ابن الحاجب هنا وذكر مال كلي بقي أن يقال إذا صح إدخال الكتابة تحت الدين في حد الرهن فهلا اقتصر على الدين هنا وعدل عن قوله مال كلي والدين أخصر من هذا وهذا الاعتراض به خفيف ثم قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ فتخرج الوديعة يعني بقوله: توثق به؛ قوله: والمصنوع بيد صانعه فإنه كذلك لم يقبض للتوثق.

قوله: وقبض المجني عليه عبدًا جنى عليه يعني يخرج أيضًا بذلك؛ لأنه لم يقبض للتوثق من أصله، ثم زاد جوابًا عن سؤال مقدر، فيقال: العبد الجاني والمصنوع شاركا الرهن في الاختصاص بعد القبض، وإذا صح ذلك كانا رهنًا وهذا سؤال تقدم نظيره في السلم وكأنه ذكر الصغرى من الأول وحذف الكبرى للعلم بها فالصغرى العبد الجاني والمصنوع شاركا الرهن في الاختصاص بعد القبض وكل ما كان كذلك كان رهنًا فالنتيجة اللازمة على ذلك أنهما رهن فأجاب بما تقدم من أن المختلفين قد يشتركان في حكم أعم ولا يوجب ذلك التماثل وهذا قدح في الكبرى فيمتنع صدقها كلية فتأمله وتأمل هذا الكلام مع ما ذكره بعد في خاصية الرهن.

(فإن قلت): النسخة التي رأيناها وجرت في مجالس أشياخنا ما ذكرناه ورأيته منسوبًا عن الشَّيخ أنه قال: قبض مال توثق به في دين أو للتوثق في دين.

قُلتُ: هذه النسخة لم تثبت عنه ولعلها من ابتكار مجالسه.

قال الشَّيخ الوانوغي في تعليقته من تلامذته رَحِمَهُ اللَّهُ: لا خفاء في إشكال تعرف شيخنا للرهن قال: ما معناه أما ما حاصله قبض مال للتوثق إلخ فقد علمت أن هذا إنما يشمل ما هو مقبوض ولا خلاف أن القبض عندنا ليس من حقيقة الرهن وأما ما حاصله مال مقبوض إلخ، فقد علمت أن هذا الرسم إنما يصدق على المرهون وحقيقة الرهن أمر آخر وراءه وهو قولنا: عقد لازم لا ينقل الملك قصد به التوثق في الحقوق أو ما يقوم مقام ذلك.

قُلتُ: هذا معنى كلامه أما محصول ما ذكره في الرسم الأول فقد قدمنا أن ذلك لم يثبت في مختصره؛ بل في كتابه ما ينفيه رأسًا وأن الرهن عنده عرفًا؛ إنما هو المرهون، وإن قصد أن محصول حده في المختصر يرجع إلى أحد معنيين فليس كذلك؛ بل معناه ما قرنا به كلامه أولاً ولا يحتمل غيره، وقوله: وحقيقة الرهن وراء هذا فيه سهو عن كلام الشَّيخ فيما ذكرناه عنه، وأنه سيأتي له الرد على ابن شاس والله سبحانه الموفق للصواب.

قوله: ولا تدخل الوثيقة إلخ؛ يعني لأجل قوله: مال، ثم قال: الرهن إذا اشترطت منفعته؛ لا يخرج عن الحد؛ لأن شرطها لا ينافي القبض للتوثق وهو ظاهر إلا أن يقال: ما اشترطت منفعته مما يغاب عليه هل يضمنه أم لا؟ فعلى من يقول بعدم الضمان كأنه غلب باب الإجارة فصير اشتراط المنفعة ينافي القبض للتوثق.

قُلتُ: وهذا الأصل فيه خلاف وأشار ابن يونس إلى ذلك ولعل الشَّيخ لم يراع ذلك، وتقوى عنده القول الآخر أو يقول: عدم الضمان لا ينافي القبض للتوثق.

(فإن قلت): إذا اشترى سلعة وحبسها في الثمن أو ما شابه ذلك من الصناع إذا أمسكوا ما وقعت فيه الصنعة للثمن فإن ذلك لا يسمى رهنًا فيكون الرسم غير مطرد؛ لأن الرسم يطلق على ذلك.

قُلتُ: له أن يقول رَحِمَهُ اللهُ: معنى قولنا :مال قبضه توثق به في دين؛ أن أصل القبض لذلك، وفيه نظر لا يخفى، ولا يقال المراد القبض الحسي لذلك؛ لأنه لا يلزم عليه خروج ما إذا كانت عند رجل وديعة، فرهنها صاحبها عنده في دين، فإن هاهنا ليس قبضًا حسيًا لذلك.

(فإن قلت): إذا ارتهن مسلم خمرًا من ذمي هل يصدق الرسم فيه؟.

قُلتُ: يصدق ذلك؛ لأن الرهن أعم من الفاسد وغيره وقد أطلق على ذلك رهنًا فيها، وأما لو كان راهن الخمر مسلمًا فيظهر أنه لا يصدق عليه رهنًا؛ لأن الخمر ليس بمال شرعي للمسلم.

(فإن قلت): إذا أعطى مدين سلعة لرجل يبيعها، ويقتضي من ثمنها مما على المدين ففلس المدين قبل البيع، قال مالك: هو أسوة الغرماء، ولا يكون رهنًا كما وقع في المدَوَّنة إذا قال: أنفق على الرهن على أن نفقتك منه والرسم يصدق على ذلك؛ لأن السلعة المقبوضة يصدق عليها أنها مال إلخ فيكون الحد غير مطرد.

قُلتُ: هذا الأصل فيه خلاف وهو هل لا بد من دلالة الرهن مطابقة أو ولو كان ذلك التزامًا انظر ذلك، فيكون كلام الشَّيخ جاريًا على قول أشهب فقط، وفي ذلك نظر؛ والأظهر أن هذه الصور يصدق عليها رهن، ومعنى كلام مالك في قوله: رهنًا؛ أي: ليس رهنًا يختص به فالمنفي؛ إنما هو الاختصاص لا أصل الرهنية فيكون غايته رهنًا فاسدًا والحد يصدق على الصحيح والفاسد والله الموفق، ثم نقل الشَّيخ لفظ ابن الحاجب في حده في قوله: إعطاء أمر وثيقة بحق فقال: فنقضه ابن هارون بثلاثة أمور بالحلف لذي حق على الوفاء به والحميل به والإشهاد، وأجاب الشَّيخ ابن عبد السلام بمنع دخول ما ذكر تحت الحد قال: لأن لفظ إعطاء يقتضي حقيقة دفع شيء ما قال، ولفظ وثيقة يقتضي صحة رجوع ذلك الشيء ليد الدافع إذا أخذ حقه، ولا يصح الرجوع في الحميل ولا في اليمين والوثيقة، وإن صح ذلك فيها؛ فلا يلزم ردها بعد الاستيفاء هذا معنى ما أشار إليه، ورد الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ ذلك بأن قوله: لفظ إعطاء يقتضي حقيقة دفع شيء إن أراد دفعًا حسيًا بطل ذلك بقولنا: إعطاء عهد الله والأصل الحقيقة، وإن أراد الأعم منه، ومن المعنى فقد دخل ما وقع النقض به، وإن سلمنا أن المراد الحسي؛ فإنه يبطل عكسه برهن الدين.

قال: وقوله: لفظ الوثيقة إلخ مردود؛ لأنه لا يلزم من نفي لزوم رد الوثيقة نفي صحة الرد؛ لأن نفي اللزوم أخص؛ واللازم عنده إنما هو الصحة حسبما صرح به.

قال الشَّيخ: ويتعقب رسم ابن الحاجب بأنه لا يتناول الرهن بحال؛ لأنه اسم والإعطاء: مصدر؛ وهما متباينان وما ذكره صحيح كما قدمنا.

قُلتُ: هذا معنى ما أشار إليه أما الرد الأول ففيه بحث في قوله، والأصل الحقيقة، وقد قدمنا أن ذلك يلزم منه الاشتراك والمجاز مقدم عليه، وقد سلم أنه حقيقة في الحسي، وزاد إطلاقه في المعنوي فتنتفي حقيقته فيه إلا بنص لغوي، وأما ما أورده على العكس من خروج رهن الدين فصحيح، وأما

وقبض المجني عليه عبدًا جنى عليه، وإن شاركاه في الأحقية؛ لجواز اشتراك المختلفات في أمر يخصها، ولا تدخل وثيقة ذكر الحق، ولا الحميل، ولا يخرج ما اشترطت منفعته؛ لأن شرطها لا ينافي قبضه للتوثق.

ابن الحاجب: هو إعطاء امرئٍ وثيقةً بحقٍّ، فنقضه ابن هارون بالحلف لذي حق، على الوفاء به، والحميل به والإشهاد به.

وقال ابن عبد السلام: أجيب بمنع قبول دخول الشيء منها تحته؛ لأن لفظ إعطاءٍ يقتضي حقيقته دفع شيءٍ ما، ولفظ وثيقة يقتضي صحة رجوع ذلك الشيء ليد دافعه إذا استوفى في حقه، ولا يصح في الحميل واليمين الأخذ والرد حقيقة، والوثيقة بذكر الحق، وإن صح دفعها فلا يلزم ردها بعد استيفاء الحق، ويرد بأن قوله: (لفظ إعطاءٍ يقتضي دفع شيء... إلخ) إن أراد دفعا حسيًا لمحسوس منع لصحة قولنا: أعطاه عهد الله، والأصل الحقيقة، وإن أراد الأعم منه، ومن المعنوي دخل ما وقع النقض به، وإن سلم كونه حسيًا بطل بإخراجه رهن الدين.

وقوله: (لفظة وثيقة تقتضي صحة رجوع ذلك الشيء... إلخ)؛ يرد بأنه لا يلزم من نفي لزوم ردها نفي صحته، واللازم عنده إنما هو الصحة حسبما صرح به، ويتعقب رسم ابن الحاجب بأنه لا يتناول الرهن بحال؛ لأنه اسم، والإعطاء مصدر، وهما متباينان.

[باب صيغة الرهن]

الصيغة: ما دل على خاصته؛ وهي اختصاص من حيز له به عن سواه[1]، وفي

=

الرد الثالث فصحيح وبحث لازم، وكأن الشَّيخ سلم أن الوثيقة بعد الاستيفاء لا يجب ردها؛ بل يجب إبطالها، وقد ذكر بعد خلافًا في ذلك وما رد به على ابن الحاجب أخيرًا تقدم فراجعه والله سبحانه أعلم.

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما دل على خاصته) ما دل جنس وظاهره أعم من المحدود وهو الصيغة ولا يكون أعم حتى يدخل في ذلك غير الصيغة في الرهن ويخرج غير صيغة الرهن بالخاصية المذكورة، وقوله: (وهي اختصاص...) إلخ تفسير للخاصية.

(فإن قلت): المراد بالصيغة اللفظية أو ما هو أعم وما فسر به يصدق على غيرها؛ ولذا قال ابن الحاجب: وأمر الصيغة كالبيع.

=

لزوم كون الدلالة مطابقة أو تكفي دلالة الالتزام قولا ابن القاسم وأشهب.

سمع أبو زيد ابن القاسم في كتاب المديان: من تقاضى مدينه فأعطى رجلا سلعة يبيعها ويوفيه ثمنها، ففلس المدين قبل بيعها، هو أسوة الغرماء في السلعة.

ابن رُشْد: هذا كقوله فيها: إن قال الراهن للمرتهن: أنفق على الرهن على أن نفقتك فيه لا يكون أحق بفضل الرهن عن دينه في نفقته عن الغرماء، وأشهب يقول: هو أحق به في نفقته من الغرماء، فعليه يكون رب الدين أحق بالسلعة من الغرماء، وإن لم ينص على أنها رهن فالخلاف بين ابن القاسم وأشهب في الرهن هل يفتقر للتصريح به أم لا؟ فلو دفع رجل إلى آخر سلعة ولم يزد على قوله: أمسكها حتى أدفع لك حقك، كانت رهنًا عند أشهب لا عند ابن القاسم، فقول ابن الحاجب: (وأمر الصيغة كالبيع) لا يخفى عند منصف إجماله، وحكم عقده يأتي.

[باب المرهون]

ابن شاس: ركنه الأول المرهون.

قُلتُ: هو مسمى الرهن في إطلاقات المتقدمين والمتأخرين(1).

= قُلتُ: يظهر أن المراد الصيغة اللفظية وقد رد كلام ابن الحاجب بعد نقله عن ابن القاسم أن لفظ الرهن لا بد منه بأن قال: لا يخفى على منصف إجماله.

(فإن قلت): أي شيء يعين الدليل أنه لفظ وصيغة والدليل أعم.

قُلتُ: فيقدر اللفظ الدال والسياق يدل عليه وفيه نظر، وقد قال خليل: وفي افتقار الرهن للفظ مصرحًا به تأويلان.

(فإن قلت): وهل تدخل دلالة الالتزام أو لا بد من المطابقة؟.

قُلتُ: المسألة فيها خلاف بين ابن القاسم وأشهب والرسم لما هو أعم فتأمله وتأمل ما عورض به قولهما وتأمل ما قدمه في الجواب عن الحائز والمصنوع فإنه هنا صير خاصية الرهن الاختصاص بالحوز عمن سواه وذكر قبل أن ذلك حكم أعم لا أنه أخص.

(1) قال الرَّصاع: يظهر من الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الرهن والمرهون عرفا بمعنى واحد؛ لأنه حد أولا الرهن بأنه مال... إلخ ثم ذكر هنا ردًا على ابن شاس في قوله: إن ركن الرهن المرهون قال الشَّيخ.

قُلتُ: هو مسمى الرهن في إطلاقات المتقدمين والمتأخرين فكأنه يقول رَحِمَهُ اللَّهُ: فلا يصح ما ذكره؛ لأنه لو صح قوله: أنه ركن للرهن؛ لزم أن الشيء يكون جزء نفسه والتالي باطل لإحالته، بيان الملازمة أن الإطلاق المذكور يدل على ترادفهما اصطلاحًا، وهو الذي حددناه بقولنا: مال فتأمل ذلك.

[باب في شرط الرهن]

قال: وشرطه أن يكون مما يمكن أن يستوفى منه أو من ثمنه، أو من ثمن منافعه[1].

قُلتُ: فيها يجوز ارتهان ما لا يجوز بيعه في وقت، ويجوز في وقت كزرع قبل بدو صلاحه.

وفيها: قبله لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمرًا أو خنازير.

الصقلي عن محمد قال أشهب: إن قبضه، ثم فلس الذمي فهو فيه أسوة الغرماء؛ لأنه لم يجز في الأصل.

سَحنون: لو تخللت كان أحق بها، ولو باع من ذمي سلعة وارتهن منه خمرًا لم يفسد البيع وردت الخمر للذمي وليس للمسلم إبقاؤها تحت يد ذمي خوف فلسه، ولو تخللت كان أحق بها، ولو ارتهن نصراني من مسلم خمرًا أهريقت عليه، ولا عليه أن يأتيه برهن آخر.

وفيها: من ارتهن عصيرًا فصار خمرًا، رفعه للإمام ليراق بأمره، كالوصي يجد في التركة خمرًا.

الصقلي: إنما يراق إن كان الراهن مسلمًا والذمي ترد إليه.

وفيها: لا بأس برهن جلود السباع المذكية وبيعها، ولا يجوز رهن جلود الميتة ولا بيعها ولو صبغت.

اللخمي: ما اختلف في جواز بيعه كجلد الميتة بعد دبغه وجلد السبع قبل ذبحه وبعده وكلب الماشية والصيد والزرع على منع بيعها، يمنع رهنها، وعلى جوازها

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (مما يمكن أن يستوفى منه) يعني بالإمكان الشرعي والاستيفاء منه إذا كان مماثلاً للدين ففيه جواز رهن ما لا يعرف بعينه بشرطه على ما سيذكره بعد قوله: أو من ثمنه يعني أنه يباع لأجل القضاء قوله: أو ثمن منافعه يعني إذا كانت المنفعة مخالفة للدين.

(فإن قلت): لما ذكر الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ قول ابن شاس هذا قال بعده.

قُلتُ: فيها يجوز ارتهان ما لا يجوز بيعه في وقت ويجوز في وقت قوله: (لا يجوز لمسلم ارتهان خمر... إلى آخر ما ذكر) فهل ذلك يدل على رضاه بما ذكره من الشرط وما أشار إليه من مسائلها يشهد له.

قُلتُ: كذا يظهر منه وفيه ما يتأمل والله أعلم.

جوازه.

الباجي: رهن الدين جائز فما له ذكر حق حوزه دفعه، والإشهاد به، وما ليس له ذكر حق فلابن القاسم ومالك يجزئ فيه الإشهاد، ولابن القاسم أيضًا: لا يجوز إلا بالجمع بينهما وهو ظاهر رواية محمد.

اللخمي: حوز ماله ذكر حق بأخذه، ويجمع بين المرتهن والغريم، فإن لم يكن ذكر حق فالجمع بينه وبين الغريم، ويقدم إليه بحضرة بينة أن لا يقضيه إياه حتى يقبض حقه، فإن فعل غرمه ثانية لإتلافه على المرتهن، وإن كان الغريم غائبًا ولا عليه ذكر حق أجزئ فيه الإشهاد وفيه لاختلاف ابن عات.

وقيل: لا يكون رهنًا حتى يجمع بينهما ويقر الذي عليه الدين بذلك، ويتفقا، ومتى لم يتفقا لم يكن رهنًا.

قُلتُ: ففي الحوز بمجرد الإشهاد فيما لا ذكر حق له، أو لا بد من الجمع بين المرتهن والمدين، ثالثها: إن كان غائبًا، ورابعها: شرط حضور المدين، وإقراره لنقلي الباجي ونقل ابن عات.

اللخمي: الباجي: إن كان الدين للراهن على المرتهن، فإن كان أجل الرهن بمثل أجل الدين الذي رهن به أو أبعد جاز، وإلا لم يجز؛ لأن بقاءه بعد محله كسلف، فصار في البيع بيعًا وسلفًا، إلا أن يجعل بيد عدل لمحل أجل الدين الذي رهن به، وهذا تفسير قول مالك في العتبيَّة وغيرها.

اللخمي: يصح أن يرتهن مدين ما في ذمته، ويحوزه من نفسه لنفسه، ولا على الراهن دفع ذكر حقه؛ خوف جحده فيتلف حقه، ولأن قبضه إنما هو ليقبض به، ولا يحتاج إليه هنا، فإن باعه سلعة بثمن مؤجل على إن ارتهن ذلك الدين وأجل الدينين، سواء جاز، وكذا إن كان حلول الدين الآخر قبل، فإن وفى الراهن وإلا بيع الدين، وقضى المرتهن إلا أن يكون الدين طعاما من سلم فيؤخر لأجله، وإن كان محل الأول قبل وشرطا بقاءه في الذمة لحلول الدين الآخر لم يجز، وإن شرطا إخراجه ليد عدل إلى أجل الدين جاز، وإن لم يشترطا بقاءه ولا إخراجه جاز وأخرج ووقف.

قُلتُ: المشهور إذا احتملت الصفقة الجواز والمنع حكم بالمنع، ومسألة بيع الرجل

سلعة بثمن مؤجل على ارتهانه فيه دينًا عليه لمبتاعها هي في نوازل سَحنون عن تفسير ابن القاسم قول مالك.

ابن رُشْد: إن وقع البيع على الرهن في الوجه الممنوع، فقيل: يفسخ، وإن فات ففيه القيمة ما بلغت، وقيل: إلا أن يرضى البائع بإسقاط ما شرط من ارتهان الدين أو بأن يوضع على يدي عدل بقرب ذلك إن كان حالا أو عند حلوله إن كان مؤجلاً قبل أن ينتفع ببقاء الدين في ذمته، وقيل: البيع جائز إن لم يعثر عليه بفور ذلك إن أسقط الشرط أو وضع الدين على يدي عدل وإن لم يرض بذلك فسخ البيع إن لم تفت السلعة، وإلا ففيها الأقل من القيمة أو الثمن.

ابن الحاجب: يجوز رهن الدين من المدين وغيره، ولا يشترط الإقرار.

ابن هارون: أن لا يشترط حضور المدين والدين بشهادة كما يشترط في البيع لجواز ارتهان الغرر، فإن ادعى المدين القضاء حلف الراهن وقضى للمرتهن على المدين، فإن نكل ولا مال، ففي يمين المرتهن نظر.

قُلتُ: الأظهر عدم تمكينه من الحلف.

ابن عبد السلام: هذه في كثير من النسخ بالقاف وراءين بينهما ألف، فإن صح وهو بعيد، فمعناه: فذكر ما قال ابن هارون والصواب ضبط اللفظة بالقاف وراء بعدها وزاي بينهما ألف، كذا هي في كتاب ابن شاس، وكلام الغزالي الذي يتبعه ابن شاس تنبيها منهم على مخالفة أبي حنيفة في منع رهن المبتاع، ويعقبون هذه المسألة بالنص على رهن المشاع.

قُلتُ: الأول أنسب للفظ المؤلف، وفي بعض النسخ الإبراز بالباء وراء وألف وزاي؛ أي: لا يشترط إبراز الدين، وقول ابن الحاجب: يجوز رهن غلة الدار والعبد، مندرج في قولها: يجوز ارتهان ما يجوز بيعه في وقت، ودليل قولها: كراء الدور وإجارة العبيد؛ لا تدخل في الرهن إلا بشرط.

الباجي: قال أشهب: يجوز ارتهان غلة الدور، وحوز ذلك، بحوز الدار والعبد كقولها في ثمر النخل وزرع الأرض حوزها بحوز الأصول والأرض.

اللخمي: ما لا يجوز بيعه في بعض الأحوال للغرر كالثمر قبل بدو صلاحه،

والآبق والشارد والجنين.

الصقلي عن محمد: يجوز ارتهان الآبق والشارد إن قبضه قبل موت صاحبه وفلسه.

المازري: في رهن ما فيه غرر في عقد البيع، قولان بناء على أن للرهن حظ من الثمن أو لا؟

وعلى المنع في فساد البيع بشرطه قولان، وسمع عيسى ابن القاسم: من باع رجلًا بيعا فرهنه خدمة مدبره، لا يعجبني إلا أن يكون مخارجًا أو مؤاجرًا، فيرهنه أجرته.

ابن رُشْد: إنما لم يجز رهن خدمة المدبر للغرر؛ إذ لا يدري مبلغ ما يؤاجر به، ومعناه: أنه في أصل البيع على القول بمنع رهن الغرر في عقد البيع، والمشهور جوازه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في إطلاقاته في المدَوَّنة إجازته رهن الثمرة قبل بدو صلاحها، والزرع قبل بدو صلاحه، وأجاز في كتاب المدبر رهن المدبر، ولم يفرق بين كونه في العقد أو لا، وإذا جاز رهن المدبر مع غرره؛ إذ لا يباع في حياة الراهن فخدمة المدبر أخف؛ لقدرته على مؤاجرته في الوقت، ورهن إجارته إن كان مؤاجرًا واضحة، وحيازتها بإشهاد المرتهن على الراهن بحضرة المستأجر، فإذا حلت الإجارة قبضها المرتهن، وطبع عليها أو تجعل على يدي عدل.

وفي قوله: (إلا أن يكون مخارجًا) نظر؛ لأن كونه مخارجًا هو أن يكون السيد ضرب عليه خراجًا معلومًا كل يوم أو كل شهر، وإذا كان كذلك فلا يصح ارتهانه؛ لأن الرهن لا يتم إلا بالحوز، ولا يصح حوز العبد للمرتهن ما عليه من الخراج؛ لأن يده كيد سيده.

قُلتُ: في قوله: (نظر) نظر؛ لأنه يتقرر الحوز في الخراج بما قرره في الإجارة، وإنما فرق ابن القاسم بينهما؛ لأن قدر الإجارة مجهول، وقدر الخراج معلوم.

الشَّيخ: عن ابن حبيب: قال أَصْبَغ: من رهن مدبره فحل أجله ولا مال له، كان المرتهن أحق بإجارته من الغرماء، وفي منع رهن الجنين وجوازه قول الشَّيخ معروف قول مالك منعه، وأجازه ابن ميسر كالآبق، وقيل لمحمد: أيجوز رهن ما تلده هذه الجارية أو هذه الغنم، فلم يذكر جوابًا.

قُلتُ: لم يحك ابن الجلاب إلا الجواز، وعزاه ابن حارث لابن الماجِشُون، وسمع

القرينان: لا يجوز رهن الأمة الحامل دون جنينها.

ابن رُشْد: قال بعض أهل النظر: لأن استثناءه في البيع لا يجوز، وليس بالبين؛ لأن علته في البيع صيرورة البائع مشتريًا له بناء على أن المستثنى مشتري، وعلى أنه مبقى لا موجب لمنعه، وعلى هذا جوازه عند من أجازه وهذا لا يتصور في الرهن؛ لأن الأم والجنين باقيان على ملك البائع، إلا أنه لما منع رهن الجنين دون أمه إتباعا على غير قياس منع رهن الأم دونه استحسانا دون قياس، وكان القياس رهن كل واحد منهما دون الآخر، كرهن الثمرة التي لم تؤبر دون الأصل، ولما ذكر المازري قياس منعه في الرهن على البيع.

قال: على أن المنع في البيع للغرر، والرهن قد يجوز فيه الغرر، لكن الولد كعضو من أمه، فكما لا يجوز استثناء عضو منها في الرهن، فكذا الجنين.

قال: والغرر في الجنين أشد منه في الثمرة؛ لأنها موجودة مشاهدة، والغرر في ترقب إبانها، والجنين الضرر في تقرر وجوده وكيفيته حين وضعه، وغرر الآبق أخف منه، ورهن ثمر لم يخلق من شجر معلومة كالجنين، ولابن رُشْد في رسم شك رهن العبد الصغير الذي لا يفرق بينه وبين أمه في البيع، بشرط أن يحوزه دون أمه فاسد يفسخ وشرط حوزه معها جائز، وفي كراهته ابتداء قول مالك في سماع يحيى، وقول ابن وَهْب وهو الأظهر، وإن رهنه دون شرط فسمع أبو زيد ابن القاسم يجبر على تحويزه في أمه معه، ويتخرج فيها قول آخر من قولها في التجارة بأرض الحرب: وهو إن أبى الراهن أن يحوز الأم، وأبى المرتهن إلا أن يحوزه، رهنه أن يباعا معًا، فيكون للمرتهن رهن مناب الولد، ولما ذكر المازري قول ابن القاسم: لا يجوز رهنه إلا مع أمه، وأنه حمل على المعية في الحيازة، قال: وقال ابن شعبان: لا يرهن دون أمه حتى يثغر، إلا أن يرهن معها كالبيع.

قُلتُ: ففي رهنه دونها مع شرط حوزه معها الجواز والكراهة، والمنع، وعزوها ظاهر، والمعروف جواز رهن الثمر قبل بدو صلاحه، وتقدم نقل الخلاف فيه في العقد، وذكر غير واحد المنع فيه مخرجًا خلاف ذكره ابن رُشْد رواية لابن القاسم.

المازري: رهن ثمرة لم تخلق كالجنين.

قُلتُ: ظاهر الروايات خلاف ذلك.

وقال ابن حارث: اتفق ابن القاسم وابن الماجِشُون على ارتهان الثمرة التي لم تظهر، واختلفا في ارتهان ما في البطن، أجازه عبد الملك كالثمرة، ومنعه ابن القاسم، وقال المازري في آخر جواب ثالث: يجوز إفراد ثمر النخل بالرهن، وإن لم يظهر، وقد أجازوا ارتهانها سنين، وهي لم تظهر في السنة الثانية.

وفي التهذيب: من فلس أو مات فقام غرماؤه وله زرع أو ثمر وهو لم يبد صلاحه مذكور في التفليس.

قُلتُ: فيه يحاص المرتهن بكل دينه، وفي كل ما أخذ في الحصاص، وإن قصر عنه ففي رده منه الزائد على واجبه في الحصاص بما بقي له بعد ثمن الراهن أو الزائد على جزء ما بقي له، المسمى للخارج من تسمية ما قبضه كل غرم من دينه طريقا ابن القاسم ويحيى بن عمر.

عبد الحق وغيره: هما في المعنى واحد، والخلاف في العمل والمردود كمال طرأ.

أبو حفص العطار: من ارتهن ثمر حل قبل ظهوره وفلس الراهن قبل ظهوره وقف، فإذا أبرت بيعت مع الأصل، وللمرتهن مناب الثمن، ولا حجة له إن طلب بيع النخل فقط يحاصص فيه بدينه، وتوقف الثمرة لبدو صلاحها، كمسألة الزرع لئلا يبخس في ثمنه؛ لأنه يقال له: كيف تضرب بدينك أجمع وأنت قادر على بيع رهنك، وإن كان فيه بخس كما يباع للدين على الغريم وفيه بخس، وإنما يمنع بيع الثمر لو كان بلا أصل، ككونه لغير الراهن؛ لأن بيعه على الجد فساد، ولو قال: لا تبيعوا الثمر وأضرب معكم بقدر ما يبقى من ديني لو قبضت، ثمن الثمرة والزرع، فإن كان على أنه إن هلك الرهن لم يرجع عليهم بشيء، فله ذلك، وليس للغرماء الامتناع من ذلك إلا أن يقولوا في بيع الأصل أو الأرض دون ثمر وزرع بخس، فلهم في ذلك متكلم.

وفي الجلاب: من ساقى حائطه من رجل ثم رهنه من غيره فلا بأس، وينبغي للمرتهن أن يتسخلف مع العامل في الحائط غيره.

الصقلي عن الموازيَّة: من ساقى حائطه ثم رهنه فليجعل المرتهن مع المساقي رجلاً أو يجعلانه على يدي عدل.

قال مالك: جعله بيد المساقي أو أجير له يبطل رهنه.

وفي الموازيَّة: روى ابن القاسم: من أخذ حائطًا مساقاة، ثم ارتهنه قبل تمام السنة فليس حائزًا للرهن؛ لأنه محاز قبل ذلك.

قيل له: فما الفرق بينه وبين رهن فضلة الرهن، وقد تقدم فيه حوز.

قال محمد: هذا محوز له، والرهن محوز عنه.

الصقلي: القياس هما سواء.

قُلتُ: يريد: أن الحائط محوز عنه.

ولسَحنون في المجموعة: قول ابن القاسم: جواز ارتهان الرجل ما بيده مساقاة، وهو حوز المرتهن كمن أخدم عبدا ثم تصدق به على آخر، وسمع ابن القاسم: من رهن حائطه ووضعه بيد عدل فأراد العدل أن يساقيه ربه.

قال: أراه رهن رهنه ولا نراه رهنًا، ولا بأس أن يساقيه الذي له الدين من العدل.

قُلتُ: صورتها أن العدل هو العامل في المساقاة، فإن عقدها من الراهن بطل الحوز، وإن عقدها من المرتهن لم يبطل على أصل المذهب في مباشرة عقد إجزاء العمل في الرهن، وقول ابن رُشْد في توجيه المسألة؛ لأن الرهن إن رجع لراهنه بمساقاة أو إجارة بطل حوزه، وإن رجع من العدل لمرتهنه لم يبطل، وحيازته أقوى من العدل؛ لأنه في حوزه شاهد له اتفاقًا، وفي شهادته في حوز عدله اختلاف، إنما يتقرر على أن العامل في المساقاة في القسم الأول الراهن، ولا يصح تصورا؛ لأن لفظ السماع من رهن حائطه لا يفيد أن غلته رهن، وهذا يمنع كون ربه هو العامل لامتناع مساقاة الإنسان حائطه، ولا تصديقا؛ لأن رد العدل لربه بغير إذن مرتهنه لا يبطل الرهن، ولسماع أبي زيد ابن القاسم: إن اكترى الراهن رهنه ممن اكتراه من مرتهنه أجنبيًا عن الراهن لا يبطل حوزه، ولا يفسخ اكتراء راهنه، وفي بطلان ارتهان المستأجر عبدا أو دارا إياهما وصحته نقلا الصقلي عن محمد رواية عن ابن القاسم وابن عبدوس عن سَحنون عن ابن القاسم.

اللخمي: في صحة حوز المرتهن المقارن عقد ارتهانه لاستئجاره قول ابن القاسم وغيره، وفي صحة حوز المستأجر ما في إجارته دليل قول ابن القاسم بصحة هبته له،

وقول ابن الماجِشُون، وفي صحته مع استئجاره بعد الرهن قولا ابن القاسم وابن المعذل، فعلى قول عبد الملك لا يضمن الرهن، وفي ضمانه على قول ابن القاسم نظر، وقيل: يضمن القدر الباقي بعد قدر اللباس، وأرى أن لا ضمان عليه لتغليب الإجارة، وكذا قال ابن القاسم في الأجير على حمل شيء فلس ربه قبل حمله بعد إبرازه، وقبضه هو أحق به، ولو ادعى ضياعه قبل قوله: فإن انقضت الإجارة وغاب عليه لم يقبل قوله؛ لأنه محض رهن، ورهن ما هو مؤاجر في تقرر حوزه لمرتهنه بكونه بيد من استأجره ولغوه، ثالثها: هذا إن لم يرض المستأجر بحوزه لمرتهنه إلا أن يجعل المرتهن يده معه، للخمي عن ابن نافع، ورواية محمد واختياره ناقلاً عن ابن القاسم لمن ارتهن بعيرا وهو في كراء إن كان المرتهن يعلفه، ويقوم به فهو حوز.

قال: وروى محمد من باع عبدًا أو ثوبًا أو دارا بثمن مؤجل على بقائه رهنًا به إلى أجله لم يجز، ولو جعله بيد أجنبي وكل من اشترى ما لا يدري متى يقبضه لم يجز، وأجازه أَصْبَغ في الواضحة في الدور والأرضين، لا في العبد، وأجازه إذا وضع بيد غيره، وأجازه الجلاب في الربع والسلع، ومنعه في الحيوان من غير مراعاة كونه في يد البائع أو غيره، وأجازه ابن القُصَّار في كل الأشياء، وقال: إن شرط البائع أن نفس المبيع رهن جاز ولم يفسخ.

قُلتُ: ففي منع شرط المبيع بثمن لأجل في عقد بيعه مع جوازه محوزًا بيد غير بائعه، وجوازه مطلقًا، ثالثها: في العبيد لا في الربع، ورابعها: في الحيوان مطلقًا لا السلع والربع، وخامسها: الأول مع كراهته بحوز أجنبي لرواية محمد، وقول ابن القُصَّار وأَصْبَغ وابن الجلاب ومحمد، وعزا ابن رُشْد في رسم الزيتون من سماع عيسى منعه في غير الربع لرواية ابن وَهْب، وقول ابن القاسم، وفي شرط وضعه على يد غير البائع قول ابن رُشْد: هو جائز، ومنعه أَصْبَغ وأشهب.

قُلتُ: وثالثها: كراهة محمد، وفي شرط رهن ما لا يعرف بعينه إن وضع عند مرتهنه وقصره على العين والفلوس، قولها: ونقل الشَّيخ عن ابن عبدوس عن أشهب لا أحبه في العين والفلوس إلا بالطبع، ولفظ ابن شاس في نقله عن أشهب كما تقدم.

وقال ابن الحاجب: ما لا يعرف بعينه إن لم يطبع عليه أو يكون عند أمين

امتنع مطلقًا.

وقال أشهب: إن كان نقد القوة التهمة.

قال ابن عبد السلام: ظاهر قوله أن الطبع عند أشهب واجب، ولفظ أشهب إنما هو لا أحب.

قُلتُ: لعل ابن الحاجب حمل قوله: (لا أحب) على التحريم لتعليله بالتهمة على السلف، ووقع مثل هذا اللفظ لابن القاسم في النوادر، وفي سماع ابن القاسم: من اشترى ثوبًا بدينار فرهنه الدينار وهو فيه بالخيار فلا أحب ذلك إلا أن يطبع عليه أو يجعله على يد غيره، وكذا إن تسلف منه دراهم ورهنه دينارًا وتقدم رهن المدبر والأم دون ولدها وعكسه، ولا أعرف في رهن المكاتب نصا، ومقتضى اتفاق المذهب على صحة بيع كتابته ومنع بيع رقبته صحة رهنه مصروفا تعلق رهنه بكتابته ورقبته إن عجز، وفساده إن علق ببيع رقبته دون عجزه، وربما اندرج في متقدم قولها: يجوز ارتهان ما لا يجوز بيعه في وقت ويجوز في وقت خلاف مفهوم قولها: من رهن عبدًا ثم أعتقه أو كاتبه، جاز إن كان مليًا وعجل الدين، وإن دبره جاز وبقي رهنا بحاله؛ لأن الرجل يرهن مدبره.

وفيها: إن خاف المكاتب العجز جاز رهنه أم ولده لا ولده.

وفيها: من استعار سلعة ليرهنها جاز، وبيعت في الدين إن لم يؤد الغريم ما عليه، وغرم ما أدى عنه من ثمن السلعة، ونقلها عياض وغرم قيمتها، قال: كذا عند شُيُوخنا، وفي رواية يحيى ابن عمر واختصار ابن محمد، وفي رواية: قيمتها، وفي أخرى ما أدى.

قال يحيى: وهو الصواب، وهو معنى رواية ثمنها، وقول أشهب.

وفيها: لو هلكت السلعة عند المرتهن وهي مما يغاب عليه، لاتبع المعير المستعير بقيمتها.

الصقلي: يريد: وكذا يلزم المرتهن، قال مالك: وكذا إن كانت لا يغاب عليها لم يضمنها مستعير ولا مرتهن، وفي سماع عيسى: إن كان المستعار ثوبًا فتلف ضمنه المرتهن لراهنه، وراهنه لربه.

ابن رُشْد: معناه أنه ضاع بيد المرتهن، ولو ضاع بيد عدل جعله بيده راهنه دون

ربه ضمنه راهنه فقط، ولو جعله معه ربه كان من ربه، وقال أشهب: إن ضاع عند المرتهن ضمن قيمته لراهنه وضمنه راهنه لربه يوم يطلبه به؛ يريد: أشهب: يضمن المرتهن قيمته يوم ضاع إذا علم كونه عنده يوم دعوى ضياعه على ما مر في رسم الرهون، وفي قوله: يضمن راهنه يوم يطلبه به نظر فتدبره.

وفيها: من استعار سلعة ليرهنها في دراهم مسماة فرهنها في طعام فقد خالف وأراه ضامنًا.

الصقلي: هذا إن أقر المستعير بذلك وخالفه المرتهن ولم يشأ المعير أن يحلف ليكون رهنه رهنا فيما أقر به من الدراهم، فإذا لم يحلف ضمن المستعير، ونقلها أبو محمد، والرهن عبد فهو ضامن بتعديه.

قال: وقال أشهب: لا ضمان عليه في العبد، ويكون رهنا في الدراهم.

الصقلي: يريد: إن حلف أو أقر المرتهن بذلك فيتفق القولان، ونقله أبو إبراهيم وقبله، وظاهر نقل ابن شاس أن قول أشهب خلاف قول ابن القاسم، وهو الصواب لقول ابن حارث اتفقوا على أن من استعار سلعة ليرهنها بكذا وكذا درهمًا أنه لا ينبغي له أن يرهنها بأكثر، ولا بخلاف، واختلفوا إن رهنها بصنف غير ذلك من طعام وشبهه فقال ابن القاسم هو ضامن، وقال أشهب: إن كانت لا يغاب عليها فلا ضمان عليه، وإن كانت يغاب عليها فهو ضامن بسنة العارية، لا لأنه خالف، وأراه رهنًا جائزًا في الذي أقر به المعير.

قال يحيى بن عمر: جواب أشهب خير من كلام ابن القاسم، وسمعت إنكار سَحنون جواب ابن القاسم، ونماء الرهن لراهنه لا لمرتهنه إلا بشرط صحيح، سمع أَصْبَغ ابن القاسم: لا بأس أن يشترط من يبيع البيع، ويرتهن الدار أو العبد أو الثوب انتفاعه به لأجل معلوم كان أبعد من أجل الرهن أو قبله.

ابن رُشْد: هذا كقوله فيها خلاف قصر مالك جوازه على الربع والأصول دون الحيوان والثياب، قال: إذ لا يدري كيف يرجع ذلك إليه، واحتج ابن القاسم بجواز إجارة ذلك وهو لا يدري كيف يرجع إليه، ولا حجة على مالك؛ لأنه إنما كرهه للغرر في الرهن؛ إذ لا يدري ما تكون قيمته بعد استعماله.

قال التونسي: فعليه لا يجوز رهن الغرر، كالثمرة قبل بدو صلاحها في أصل البيع، خلاف ظاهر روايات المَدَوَّنة وغيرها وكرهه مالك فيها، ولم يذكر حكمه إن وقع، ويتخرج فيه أربعة: فساد البيع والرهن، ومقابله، والكراهة ابتداء، وهو ظاهرها، وفساد البيع لا الرهن، فيكون رهنا بالأقل من الثمن أو القيمة وعكسه، قال: وتخريج التونسي منع رهن الغرر في العقد كالثمرة قبل بدو صلاحها يرد بأن غررها لا صنع لهما فيه، وغرر الانتفاع باشتراطهما، والمشهور جواز ارتهان الثمرة قبل بدو صلاحها في العقد.

وروى ابن القاسم في المبسوط: أنه لا يجوز، وقول عبد الحق عن القابسي أنها كرهه في الثياب؛ لأنها تضمن في الرهن لا في الإجارة، فكره اجتماعهما للشك في حكم دعوى المرتهن التلف، واختلف قوله في ضمان المرتهن الحيوان، فلعل قوله هذا على ضمانه غير صحيح، لنص مالك على علة قوله، ولو ادعى المرتهن تلف الثوب لوجب تغليب حكم الرهن.

وقال التونسي: ينظر إلى ما يذهب منه بالإجارة، فإن كان الربع ضمن ثلاثة أرباعه، وليس بصحيح؛ لأنه لم يستأجر منه ربع الثوب، وارتهن منه ثلاثة أرباعه؛ بل استأجر جميعه، وارتهن جميعه، والصواب تغليب حكم الرهن، فيغرم قيمته بحاله يوم يحكم عليه بضمانه إن ادعى تلفه قبل استعماله غرم قيمته على حاله يوم الرهن، وسقط عنه ذلك القدر من الإجارة، ونظر ذلك القدر كم هو من الجملة فيرجع بجزئه من قيمة ثوبه المبيع، أو يشاركه فيه إن كان قائمًا على اختلاف في ذلك لضرر الشركة وإن ادعى تلفه بعد انقضاء أجل انتفاعه ضمن قيمته ناقصًا على ما تقرر أن الاستعمال نقصه، وتلزمه الإجارة ولا يصدق إن ادعى بعد حلول الأجل أنه تلف قبل ذلك على قول ابن القاسم: لا يصدق المستأجر حين حلول الأجل أن ضياعة كان قبل ذلك، في إسقاط الأجرة إلا ببينة على الضياع أو على التفقد الطلب وخالفه غيره.

وفيها: شرط منفعة رهن دين القرض لا يجوز؛ لأنه سلف جر نفعًا.

وفيها: لا يجوز لراهن ثوب رهن فضلته من مرتهن آخر إلا بإذن الأول ليجوز للثاني، وسمع القرينان: من رهن رهنًا في ثمن سلعة لستة أشهر، ثم رهن فضله في ثمن

سلعة لشهر من آخر، قال له: فلان مبدأ عليك، فحل أجل الأخير قبل الأول ولم يكن علم أن حق الأول لستة أشهر بيع الرهن، وأعطى منه للأول حقه، ولا يوقف لحلول أجله، ويعطي منه للأخير ما فضل.

ابن رُشْد: لم يذكر أن المرتهن الأول علم بالرهن الآخر وصحح رهن فضلة رهنه رهن فضلة رهنه، فقال ابن دحون: قوله هذا خارج عن الأصول كيف يكون فضله للثاني، والأول لم يقبضه له، وهذا غير لازم؛ لأن المسألة محتملة للتأويل، وفي صحة رهن فضل الرهن الذي بيد مرتهنه مطلقًا أو بشرط علمه بذلك، ثالثها: بعلمه ورضاه لأشهب في الواضحة مع ابن القاسم في المبسوطة وأَصْبَغ، ومشهور قول مالك فيها وفي غيرها.

قُلتُ: ورابعها: لا يصح جواز الأول للثاني، ولو رضي حوزه له لنقل المازري رواية ابن القاسم: لا يصح هذا الرهن للثاني إلا أن يحوزه له غير الأول؛ لأن الأول إنما حاز لنفسه، قال: وتأويلها ابن القاسم بقوله: إلا أن يرضى الأول بحوزه للثاني خلاف ظاهرها.

قُلتُ: سبقه بهذا الباجي وزاد.

وروى ابن الجلاب: لا يجوز رهن فضلة الرهن، وإن أذن الأول.

ابن رُشْد: وما بيد عدل المعتبر علمه، وقول مالك فيها: إن قبض المخدم قبض للموهوب له، وكذا المودع على قوله، وإن لم يعلم خلاف سماع سَحنون في الصدقات والهبات، فظاهر قول مالك التفريق بين الرهن والهبة؛ لأن الرهن أقوى حيازة، ففي كون ذلك حيازة فيهما، ثالثها: في الهبة لا الرهن، وفائدة هذا هل مرتهن الفضلة أحق من الغرماء، أم لا؟ وإن لم يكن قيام غرماء، فلا كلام أن الفضل له، فيحتمل أن يكون إنما تكلم في هذه المسألة على أن المرتهن الثاني طلب فضلة الرهن في دينه لحلوله قبل حلول دين المرتهن الأول، ولا غرماء على الراهن، فيسقط اعتراض ابن دحون، ولو علم الثاني بأجل الأول لم يبع له حتى يحل.

وقوله: إذا بيع أعطى الأول حقه ولم يوقف معناه إن لم يأت برهن يشبه الرهن الأول، خلاف ما مضى في رسم الأقضية، الثاني من هذا السماع مثل سماع سَحنون، وظاهر التجارة بأرض الحرب من المدَوَّنة ويشبه ألا يختلف في التعجيل في هذه المسألة؛

لأن الراهن أدخل على المرتهن بيع رهنه فأشبه ذلك بيعه بغير إذنه وما يبقى من الرهن بعد أن يباع منه بحق الأول مجهول، فيقوم من هذه المسألة رهن الغرر في العقد، وفيه قولان قائمان من المدَوَّنة من قولي مالك وابن القاسم في منع اشتراط منفعة الرهن وهو ثياب أو حيوان.

قُلتُ: عبر في رسم الأقضية الثاني عن ما في التجارة بأرض الحرب بقوله: دليل ما في التجارة بأرض الحرب، ولم يعينه وهو قوله: إن أسلم عبد النصراني فرهنه بعته، وعجلت الحق إلا أن يأتي برهن ثقة، وظاهر قول ابن رُشْد أنه إذا كان بيد عدل أنه لا يشترط علم الأول في رهن الفضلة من غير خلاف.

وقال اللخمي: اختلف في ذلك.

روى محمد: يجوز إذا رضي الأول، وقال أَصْبَغ: يجوز وإن لم يرض إن رضي العدل.

اللخمي: إن لم يكن أجل الأول أبعد، لم يعتبر رضاه، وإن كان ودينه عرض من بيع لم يجز إلا برضاه إلا أن يرهن الثاني، على أن لا يقوم ببيع الرهن حتى يحل الأول، وفيه مغمز من الغرر، وإن كان دين الأول عينا أو عرضا من قرض جاز إذا دخل على أن يجعل حقه إذا حل الأول وإن لم يرض الأول، وهذا إذا علم العدل ورضي أن يحوز ذلك الفضل إذا بيع للأول، فيحول بين الراهن وبين ذلك الفضل، واختلف إن لم يرض قياسًا على المخدم، وقد تقدم.

قُلتُ: في فهم كلامه هذا عسر وهو كما نقله في غير نسخة، ولا يفهم إلا على أن الضمير الفاعل المستكن في دخل إنما يعود على الغريم، وقوله: يعجل حقه؛ أي: الحق الذي عليه لا له، وعليه يصح اتصاله بقوله عقبه، وهذا إذا علم العدل ورضي أن يحوز ذلك الفضل إذا بيع للأول؛ أي: يحوز دين الأول، وأطلق عليه فضلاً مجازًا باعتبار كونه زائدًا على القدر الواجب للثاني، لا على قدر دينه؛ لأن حق الأول مبدأ عليه.

وذكر الصقلي مسألة سماع القرينين من رواية ابن القاسم في الموازيَّة.

وفيها: كما في السماع: قال مالك: أعلم الثاني أن حق الأول إلى ستة أشهر، قال: لا إلى آخرها، فقال التونسي: يحتمل أنه لو علم لم يجز البيع من الثاني؛ لأنه على أن يعجل للأول حقه فيصير بيعًا وسلفًا؛ لأنه لا يقدر على بيعه للثاني، إلا بتعجيل دين الأول،

وقبله ابن عبد السلام، ويرد بمنع ملزومية علمه ذلك لتعجيل حق الأول؛ بل لازمه الحكم عليه لعلمه ذلك بتأخير حقه لحلول أجل الأول، ويؤيده قول ابن حارث ما نصه: ونحا أشهب إلى أنه إن حل حق الثاني وقد علم أجل الأول أن لا شيء له، حتى يحل حق الأول، إلى هذا نحا في كلامه، انتهى.

قُلتُ: وهذا نص بخلاف ما زعمه التونسي، وهو ظاهر مفهوم الكلام لمن تأمله.

قال ابن المواز: وقاله أشهب، قال هذا: إن بيع بعين أو بما يقضى بمثله، وحق الأول مثله ولم يبع بعرض وهو مثل ما عليه أو بدنانير ودينه دراهم أو بطعام مخالف لما عليه وضع له رهنا إلى حلول حقه.

وقال سَحنون في المجموعة: سواء علم الأول أن حق الثاني يحل قبله أو لم يعلم أن بيع بمثل حقه عجل له، قال في موضع آخر: إلا أن يكون حقه طعامًا من بيع فيأبى تعجيله، فذلك له.

قال التونسي في نقل الموازيَّة: إن بيع بغير العين إلى آخره، ظاهره ودين الأول من بيع، وجعل له تعجيله، وهذا غير معروف، وفي بيع الرهن بغير العين اعتراض.

قُلتُ: ينبغي حملها على أن ذلك برضىً ممن له حقٌّ في بيعه؛ لأن وجوب بيعه بالعين ليس من حق الله.

قال ابن الحاجب: إن رهن الفضلة برضى الأول وسبق أجل الثاني قسم إن أمكن وإلا بيع وقضيا، وقسمه إن انقسم لا أعرفه في هذه المسألة إلا في الجلاب، مثل ما ذكر المؤلف، وما وقع الحكم بالقسم في الموازيَّة والعتبيَّة إلا في استحقاق بعض الرهن.

وفي سماع عيسى وأبي زيد ابن القاسم في رجلين لهما رهن بينهما، قام أحدهما ببيعه، وأخر صاحبه الغريم بحقه يقسم إن لم ينقص القسم حظ القائم فيباع له حظه لقضاء حقه، ويوقف حظ لقضاء حقه، ويوقف حظ من أخر الغريم، وإن لم ينقسم كذلك بيع وعجل حق القائم، وحق الآخر إن حلف ما أخره إلا لإعطاء رهن مثله، إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة، فيأخذ فاضل ثمن رهنه عن حق القائم.

ابن رُشْد: في تعجيل حق المؤخر إن لم يأت الراهن برهن ثقة قولان، ويقومان من قوليهما في كتاب الرهن، وكتاب التجارة بأرض الحرب، قولها: ضمان الفضلة عن المرتهن

والرهن بيده قولا ابن القاسم وأشهب.

الصقلي وبعض أصحابه: إنما يسقط ضمانها عن الأول إن أحضره حين رهن الفضلة أو علم كونه بيده حينئذٍ، وزاد عن أشهب في قوله: كما لو كان بيد الثاني وغيره، المبدأ عليه، فضاع لم يضمنه؛ لأنه رهن للأول، وإنما لهذا فضلة إن كانت، ولو وضع ما رهنه لرجلين عند أحدهما لم يضمن إلا ما هو رهن منه له.

اللخمي: على قول ابن القاسم: يضمن مرتهن الفضلة الفضلة إن وضع على يديه.

قُلتُ: يرد بالفرق بما أشار إليه أشهب؛ وهو اعتبار أصالة الضمان حين وضع اليد إليه، فتأمله.

وفيها: من أقرضته مائة درهم برهن قيمته مائة درهم لم يجز قرضك إياه مائة أخرى على رهن بهما قيمته مائتان؛ لأنك انتفعت بزيادة وثيقة في المائة الأولى، وكذا لو كانت الأولى بغير رهن افترضته أخرى برهن بهما معًا، فإن فلس فالرهن رهن بالدين الثاني فقط.

اللخمي ومحمد: ومن له دين برهن قال له غريمه قبل الأجل زدني فيه وأزيدك رهنًا، إن كان في الأول وفاء بلا شك جاز، وقول ابن القاسم: أحسن؛ لأنه لا يزيده له فرضًا لزيادة رهن إلا لخوف في الأول، ولو حل أجل الأول وهو موسر أو معسر، وفي الرهن وفاء جاز قرضه برهن يرهنه بالدينين معا؛ لأن التخوف حينئذ إنما هو فيما يكون في المستقبل، وقد كان له أخذ حقه حالا، ونحوه للتونسي.

قال: وأجاز أشهب أن يسقط عنه بعض دينه على أن يعطيه رهنًا أو يبيع منه بيعًا، على أن يعطيه بثمنها، والدين الأول رهنًا، وكرهه كله ابن القاسم، وللصقلي في كتاب الحمالة عن ابن وَهْب، أجاز ابن أبي سلمة إذا حل الأجل أن يعطيك غريمك بدينك رهنًا وتؤخره؛ لأنك تقدر على أن يتبع عليه ذلك الرهن، إلا أن يتبين فلس الغريم، فلا يجوز لك؛ إذ لا يقع لك في الحصاص قدر حقك فهو سلف جر نفعًا.

قال مالك: إن حل دينه فقال له غريمه: أخرني وأسلفني، مالا آخر على أن أرهنك بهما رهنًا جاز، وقيل: إلا أن يتبين عدمه.

محمد: هو عندي جائز وإن بان عدمه، إن كان الرهن له.

الصقلي: يريد: لأنه لو شاء قبض دينه من ثمنه.

قال محمد: ما لم يكن عليه دين محيط فلا يجوز تأخيره بالدين الأول برهنه؛ لأنه يزداد بها أخره منفعة.

الصقلي: لأنه لو قام عليه الآن لحوصص، فبادر فيما أراد أن يرهنه بأخذه ليختص بالرهن.

وفيها: إن فلس فكل الرهن رهن بكل الدين الثاني فقط.

محمد: وقال بعض أصحابنا: يكون منه رهنًا بالثاني بمنابه منه، وبالأول أقول كرهن بثمن سلعتين استحقت إحداهما كله رهن بثمن الباقية.

وسمع عيسى ابن القاسم: معها غلة الحائط المرهون والدار والعبد كذلك لا يكون رهنًا إلا بشرط.

ابن رُشْد: هذا المشهور، وروى ابن القاسم في المبسوط دخولها فيه.

ابن الماجِشُون: لا أعرف هذا، وقول ابن الماجِشُون: هو المعروف، ورواية ابن القاسم هذه شاذة لا تعرف.

الصقلي: قال بعض القرويين: إن كانت الثمرة يوم الرهن يابسة، دخلت فيه كالصوف التام.

قال: وإنما فرق بين مسألتي الكتاب أن الثمرة تترك لتزداد طيبًا، فهي غلة لم يرهنها، والصوف لا فائدة في بقائه، فلما سكت عنه كان رهنًا.

الصقلي: علة ابن القاسم أنه قاسه على البيع، فبطل هذا، ولهذا وجه في القياس؛ لأن الرهن لا يجري مجرى البيع في جميع وجوهه؛ لأن من باع نخلاً بها، ثمن لم يؤبر دخل في البيع، ولا يدخل في الرهن.

وفيها: لا يكون مال العبد الرهن رهنًا إلا بشرط.

ابن حارث: اتفاقًا.

قال: واختلف فيما يستفيده بهبة وشبهها، فقال ابن عبدوس عن ابن القاسم: لا يدخل إلا باشتراطه، وقاله أشهب، واحتج بالوصية أنها تدخل في الأرباح لا فيما لم يعلمه الموصي، وقال يحيى بن عمر: يدخل، وهي أشبه بالبيع من الوصية.

التونسي: في الموازيَّة: إذا شرط مال العبد في الرهن لا يدخل ما أفاد فيه، والأشبه دخوله كشرط ماله إذا ابتيع على خيار، فما أفاد من مال دخل فيه.

وفي المدَوَّنة: فيمن كوتبت على خيار ما أفادت في أيامه لسيدها، وهو فيها لابن القاسم، والمعروف الأول.

المازري: قيل في الأرباح: إنها كالفوائد في الزكاة، فأشار إلى تخريج الخلاف في ربح مال العبد.

قال ابن الحاجب: وكذا لا يندرج مال العبد وخراجه.

ابن عبد السلام: حكى بعض الشُيُوخ: أنه لا يدخل في الرهن عند الجميع، وقال ابن رُشْد: أن ذلك يدخل في الرواية الشاذة، ومال العبد أبين في عدم الدخول من الثمار.

قُلتُ: ظاهره: أن ابن رُشْد قال هذا في مال العبد، ولا أعرفه له، إنما قاله في الكراء وخراج العبد.

الصقلي: قال في المجموعة: يجوز رهن مال العبد دونه، فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن إن قبضه، ولا ينفرد في البيع؛ لأنه غرر.

وفيها: من ارتهن أمة حاملاً كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهنًا معها، وكذا نتاج كل الحيوان.

ابن رُشْد: لأنه كجزء منها.

قُلتُ: وتقدم نحوه للمازري في منع استثنائه، وكان يجري في المذاكرات تعقب كونه كالجزء بأنه لو كان كذلك للزم من عتق الجنين عتق أمه، كعتق يدها وليس كذلك، ويجاب بأن الجزء لازم ومفارق، فالملزوم للعتق الملازم لا المفارق.

وفي الجلاب: وفراخ النخل والشجر رهن مع أصولها.

وفيها: ولا يدخل صوف الغنم وألبانها في رهنها إلا صوفًا كمل نباتها يوم الرهن، فهو رهن معها، ولغير واحد عن أشهب: لا يكون رهنا مطلقا كلبن في ضروعها.

قُلتُ: وهو ظاهر قول الجلاب: لا يدخل صوف الغنم إلا بشرط.

[باب المرهون فيه]

المرهون فيه: مال كلي لا يوجب الرهن فيه غرم راهنه مجانًا بحال.

فقولنا: مال دون دين في الذمة؛ ليشمل الكتابة[1]، ويخرج بالكلي المال المعين، لامتناع الرهن به، لملزوميته انقلاب حقيقته أو حقيقة الرهن؛ لأنه إن استوفى من الرهن بطل كونه معينًا، وإن لم يستوف منه بطل كون الرهن توثقا به، فيبطل حقيقة الرهن، وقولنا: لا يوجب ... إلخ، يدخل الكتابة بالنسبة إلى المكاتب لا بالنسبة إلى غيره، وهذا؛ لأن الرهن بها يصح من المكاتب لا من أجنبي؛ لأنه من المكاتب لا يوجب عليه غرمًا

(1) قال الرَّصاع: هذا تقدم إشكاله مع ما قدمه وسلمه في حد الرهن.

قال: ويخرج بالكلي المال المعين، ثم أقام البرهان على امتناع الرهن في المال المعين كأنه يقول: لو صح الرهن في المعين؛ لأدى ذلك إلى أحد المحالين إما انقلاب حقيقته أو انقلاب حقيقة الرهن، وكل ذلك محال بيان الملازمة أنه إن وقع هلاك المعين ولم يكن مضمونًا فإن استوفينا المعين من الرهن فقد أبطلنا حقيقة المعين؛ لأن المعين لا يقضى عنه بشيء، وقد وقع القضاء من الرهن هذا خلف وإن لم يقع الاستيفاء من الرهن بطل كون الرهن متوثقًا به؛ لأن فائدة توثقه القضاء منه وإذا بطلت خاصيته بطلت حقيقته هذا خلف فصح بطلان التالي المذكور وبيان الحصر في المتصلة بمنع الخلو.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: وقولنا: لا يوجب إلخ؛ لتدخل الكتابة بالنسبة إلى المكاتب لا بالنسبة إلى غيره.

قال: وهذا لأن الرهن بها يصح من المكاتب لا من أجنبي؛ لأنه من المكاتب لا يوجب عليه غرمًا مجانًا بحال؛ لأنه إن رد الكتابة دون الرهن أو به لم يوجب عليه غرما مجانًا بحال، وإن عجز فكذلك؛ لأنه بعجزه صار ملكه ملكًا لسيده ضرورة نفد انتزاع السيد ماله وهذا لا يصدق عليه الغرم مجانًا بحال، وأخذ الرهن في الكتابة من أجنبي يوجب على الراهن غرمًا مجانًا في حالة عجزه بعد أخذ الرهن فيما فيه رهن أو بعضه ضرورة أنه لا رجوع للراهن على المكاتب؛ لأنه لم يعامله ولا على سيده؛ لأنه إنما أخذه منه في الكتابة وهو لا يرد ما أخذ منها لعجز المكاتب؛ فالحاصل أنه إنما زاد قوله: (لا يوجب...) إلخ ليكون حده جامعا مانعا لأنه لو لم يزدها كان حده غير مانع لدخول رهن الأجنبي في الكتابة ولما ذكرها أخرج رهن الأجنبي؛ لأن رهن الأجنبي فيها يؤدي إلى الغرم مجانًا بخلاف رهن المكاتب في كتابته فإنه لا يؤدي لذلك، وبين ذلك أحسن بيان - رحمه الله ونفع به- وينبغي على ما قرره ﷺ أن يقال: أنه لا بد من التفصيل في الرهن في الكتابة فمن قال: لا رهن فيها مطلقًا فقد أخطأ ومن قال بالرهن مطلقًا فقد أخطأ والحق فيها التفصيل وهذا مما يجب فيه التفصيل وهي مسائل معلومة كمسائل البرادعي وغيرها والله سبحانه الموفق للصواب وهو أعلم وبه سبحانه التوفيق.

مجانًا بحال؛ لأنه إن ودى الكتابة دون الرهن أو به لم يوجب عليه غرمًا مجانًا بحال، وإن عجز فكذلك؛ لأن بعجزه صار ملكه ملكًا لسيده ضرورة نفوذ انتزاع السيد ماله، وهذا لا يصدق عليه الغرم مجانًا بحال، وأخذ الرهن في الكتابة من أجنبي يوجب على الراهن غرما مجانا في حالة عجزه بعد أخذ الرهن فيما فيه رهن، أو بعضه، ضرورة أنه لا رجوع للراهن على المكاتب؛ لأنه لم يعلمه، ولا على السيد؛ لأنه إنما أخذه منه في الكتابة، وهي لا ترد عليه ما أخذ منها لعجز المكاتب، وعموم قول ابن الحاجب: لا رهن في نجوم الكتابة تابعًا لابن شاس خلاف نصها.

لا يصح الرهن بالكتابة من غير المكاتب، ويصح منه، ومثله في الموازيَّة في كتاب المكاتب منها: من أخذ من مكاتبه في عقد كتابته رهنًا فغاب عليه ضاع بيده، ضمنه إن ساوت قيمته الكتابة عتق مكانه، وإن فلس السيد، فإن كان في عقد الكتابة بشرط فهو انتزاع لا محاصة للمكاتب به مع غرماء سيده، ولا حق له في عينه إن وجده بعينه ومحاصة غرماء سيده بقيمته إن لم يجده.

وقال غيره: ليس ذلك انتزاعًا، ورهنه في العقد كرهنه بعده.

وقول ابن عبد السلام: ما قالاه لا يبعد أن يكون قولاً في المذهب على قول أن للمكاتب تعجيز نفسه، وله مال ظاهر، فلا يكون ما عليه لازمًا له، فلا يتقرر به رهن منه، يرد بأنه يلزمه عليه القول بامتناع الرهن بكراء مشاهرة، والتزامه خروج عن المذهب، وقولها: يجوز الرهن بالعارية المضمونة لا ينافي وجوب كون المرهون فيه كليا؛ لأنه رهن في قيمتها لا في عينها؛ ولذا قال قبلها: الرهن في العارية غير المضمونة لا يجوز.

المازري: ويتقرر الرهن والتزامه قبل انعقاد الحق الذي يؤخذ به الرهن، خلافًا للشافعي.

وفيها: إن دفعت لرجل رهنًا بكل ما أقرض لفلان جاز.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: والرهن بما داينه به رهن ما لم يجاوز قيمته لا يراعى ما يشبه أن يداين به، بخلاف مسألة الحمالة فيمن قال: دائنه ما داينته به، أنا حميل؛ لأن الذي أعطاه به رهنًا بين بالرهن مقدار ما يقرضه، فإن جاوزه لم يلزمه.

قُلتُ: قولهم: لا يلزمه ما جاوز قيمته إن أراد في الرهن فهو تحصيل الحاصل،

لامتناع تعلق الدين بالرهن في أكثر من قيمته في كل رهن، وإن أراد في ذمة الراهن فكذلك لأنه لم يلزم له في ذمته شيئًا؛ بل الواجب أن ينظر هل يقضى ما يتعلق بالرهن من معاملته على قدر ما يعامل به مثله إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك، كمسألة الحمالة، أو يعم تعلقه بكل قيمة الرهن لقرينة دفعه، رهنا والأظهر جريه على قاعدة تعارض دليلين أحدهما يدل على عمارة الذمة، والآخر يدل على براءتها في هذا الأصل خلاف.

قيل: يقدم الأول؛ لأنه مثبت شيئًا والآخر نافيه، وقيل: يقدم الثاني لموافقته أصل براءة الذمة؛ لأن الدليلين يتساقطان ويرجع إلى الأصل وهو براءة الذمة ورهن السلعة في ثمنها، تقدم، وقول ابن الحاجب، ويخير البائع وشبهه في الفسخ في غير المعين، هو مدلول قولها: وإن بعت منه سلعة إلى أجل على أن تأخذ به رهنًا ثقة من حقك فلم تجد عنده رهنًا، فلك نقض البيع أو تركه، بلا رهن، وقوله: وشبهه، يريد: كالمسلف على ذلك، وقوله: يصح للرهن قبل القبض، ولا يتم إلا به، ويجبر الراهن عليه إن كان معينًا.

المازري: عقد الرهن لازم بالقول، ويتخرج على عقد الهبة.

روى ابن خويز منداد: عدم لزوم عقد الهبة وأخذه بعض أشياخي من قولها: لمن أعار أرضًا للبناء والغرس دون أجل إخراج المعار بإعطائه ما أنفق، ورده غيره من أشياخي.

قُلتُ: التخريج على الهبة في الرهن غير المشترط في عقد البيع أو القرض، وقول ابن الحاجب: يجبر عليه إن كان معينًا خلاف نصوص المذهب بعموم جبره في المعين وغيره، والمعهود تبعيته لابن شاس، ولفظ ابن شاس مطلق غير مقيد بالمعين في البيوع الفاسدة منها مع غيرها، وإن بعته على حميل لم تسمياه أو رهن لم تصفاه جاز وعليه الثقة من رهن أو حميل، وإن هلك ما اشترطت من رهن معين قبل قبضه المرتهن، فهو مخير في فسخ بيعه، وليس للمبتاع جبره على رهن آخر إلا أن يشاء، ولو هلك الرهن بعد قبضه المرتهن فلا حجة له، ولو كان غير معين فهلك بعد قبضه ففي كونه كذلك، ولزوم بدله كالراحلة المضمونة، نقلا الصقلي عن بعض الفقهاء وابن مناس قائلا: إن عجز المبتاع عن حميل أو رهن عنه سجن في الحميل، لا في الرهن؛ لأنه يقدر على اختبار ذمته بالسؤال عنه والكشف، ولا يقدر على علم من يتحمل عنه بذلك، وعزاه ابن محرز لابن شبلون معه،

قال: والمذاكرون على خلافه، وقالوا: سجنه في الرهن أولى على أنه قال في الكتاب: وهو مثل الرهن فسوى بينهما، والصواب: أن ينظر، فإن كان يقدر عليهما سجن فيهما، وإن رؤي أنه لا يقدر عليهما لم يسجن.

قال بعض شُيُوخنا: ويحلف أنه لا يقدر على شيء منهما.

قالوا: ولو هلكت السلعة المبيعة قبل أن تثبت الحمالة كانت من البائع كبيع الخيار، وإن استحق الرهن المعين قبل قبضه مرتهنه ففي تخييره في فسخ البيع إن كان المبيع قائمًا، وأخذ قيمته إن فات، وإمضائه دون رهن، ولو طاع الراهن بمثله أو ما لم يطع به، ثالثها: لا مقال لمرتهنه، للخمي عن ابن القاسم وابن الماجِشُون: والتخريج الأحروى على قول مالك: لا مقال للمرتهن في بيع الراهن الرهن، وبعد قبضه لا مقال لمرتهنه إن لم يغره راهنه، وإن غره ففي تخييره كما مر وجبر الراهن على حلفه، ثالثها: لا يجبر، فإن أخلفه لزم قبوله وإلا فالتخيير، ورابعها: يجبر على تعجيل الحق لابن القاسم وعبد الملك ومحمد وسَحنون.

اللخمي: أرى استحقاقه قبل قبضه وبعده، سواء إن لم يغره إن أحلفه أجبر على قبوله، وإن لم يحلفه فالتخيير، وإن غره خير المرتهن في جبره على الحلف أو تركه وأخذ سلعته أو قيمتها، وفي فوت السلعة بحوالة الأسواق أو بالعيوب المفسدة، مشهور المذهب وقول محمد، ويلزم في عوض المستحق قصر فوته على العيوب.

وقبضه شرط خاصته، وهي اختصاص المرتهن به.

ابن حارث: اتفقوا على أنه لا يتم إلا بقبضه فإن تراخى بقبضه لقيام الغرماء بطل ولو كان جادًا في طلبه، وقال القاضي: عجزه مع جده في طلبه؛ لقيامهم لا يبطله كالهبة، وحكاه اللخمي غير معزو قال: وهو أحسن ابن حارث اختلف ابن القاسم وسَحنون في المشترط في البيع بعينه يدع المرتهن قبضه حتى يقوم الغرماء أو حتى يبيعه ربه، فأبطله ابن القاسم، وقال سَحنون: ينقض بيعه ويكون أحق به من الغرماء.

محمد: فجعل سَحنون للرهن حصة من الثمن إذا وقع البيع عليه.

[باب في صفة قبض الرهن
فيما ينقل وضبطه فيما لا ينقل]

وصفة قبضه: قال المازري: ينقل التصرف فيه عن راهنه لمرتهنه ما ينقل بنقله تحت يده، وما لا كالربع بصرف التصرف فيه عن راهنه لمرتهنه، ولو كان بيتًا بقي به متاع راهنه، فإن ولي التصرف فيه بطل الحق وإن خص به المرتهن، فقيل: حوز، وفيه نظر.

قُلتُ: بناء على أن مجرد النفع بحلول متاعه به كسكناه أو كون منعه التصرف ككونه بيد غيره.

اللخمي: ما يبان به كالعبد والثوب لا يصح حوزه إلا بمعاينة البينة قبضه المرتهن أو العدل والأعدال والسفن إن دخلا على بقائهما بموضعها أجزأ فيها الإقرار والتسليم مع منع الراهن وضع يده عليهما، وكذا الأرضون والبساتين، ولو كان للراهن فيها عبيد ودواب إن ولي فيها النظر المرتهن أو وكيله، والدار المسكونة والحانوت يصح حوز جميعه بخروجه عنه، ولو كان له بذلك متاع إذا منعه من التصرف فيه.

قُلتُ: ظاهر عموم قول هبتها، ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة بحوزه في حبس أو رهن أو هبة أن مجرد الإشهاد والإقرار بالحوز لغوٌ، وكان يجري في المذاكرات أن التحويز في حوز الرهن شرط لا يكفي الحوز دونه لبقاء ملك الراهن بخلاف الهبة، وفي هبتها إن قبض الهبة الموهوب بغير إذن الواهب جاز قبضه؛ إذ يقضي على الواهب بذلك إذا منعه.

قُلتُ: فظاهر تعليله بالقضاء عليه بذلك يوجب كون الرهن كذلك.

وفي النوادر عن مُطَرِّف وأَصْبَغ في الرهن: يوجد بيد المرتهن بعد موت راهنه يقبل قوله حزته في صحته، وكذا الهبة خلاف قول ابن حبيب وابن الماجِشُون لا يقبل فيهما.

قال عبد الحق في النكت: في الحبس منها.

قال بعض شُيُوخنا: من أهل بلدنا إذا وهب لابنه الصغير دارا وأشهد، ولم تشهد البينة أنها خالية فارغة نظرت، فإن كانت هذه الدار مشهورة بسكنى الأب فهي على ذلك، ولا تتم فيها الهبة حتى يثبت أنه أخلاها وإن لم تعرف بسكناه فهي على أنها خالية

سالمة من شواغله حتى يعلم غير ذلك فاعلم، اهـ.

منها: فانظر إن كانت معروفة بسكناه ووجدت بيد المتصدق عليه وقد حازها فهي لذلك، وإن لم يحضروا الحيازة كما قاله ابن عات لثبوت الحوز.

وفي الطرر لابن عات: والعمل أنه إذا وجد بيده وقد حازه كان رهنًا، وإن لم يحضروا الحيازة ولا عاينوها؛ لأنه صار مقبوضًا، وكذا الصدقة.

قُلتُ: ذكر الصقلي في أول كتاب الرهن فيه خلافًا غير معزو، وقال: قال محمد: الصواب أن لا ينتفع إلا بمعاينة البينة الحوز.

الباجي: لو ثبت أنه وجد بيده قبل الموت والفلس ثم أفلس أو مات لوجب أن يحكم له بحكم الرهن، ولعله معنى قول محمد، وظاهر اللفظ يقتضي أن لا ينفع حتى يعاين تسليم الراهن له للمرتهن.

قُلتُ: ففي شرط حوز الرهن بتحويزه القولان، فقبض الرهن بنقل تصرف ربه عنه لمرتهنه أو نائبه، وقول ابن الحاجب: قبضه كقبض المبيع لا يخفى إجماله، وحوز الدين الرهن تقدم.

قُلتُ: وفيها مع غيرها: صحة رهن المشاع.

المازري: وهو قولها، وقول الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا ينعقد فيه رهن، وخرجه الشَّيخ أبو الطيب عبد المنعم وهو أحد شُيُوخ شُيُوخي من قول بعض أصحابنا بناء على أن هبة المشاع لا تصح؛ لأن قبضه لا يتأتى، وأشار إلى تخريجه بعض من لقيت من منع من صرف جزء الدينار لامتناع القبض فيه.

وقال ابن الحاجب: قبضه والباقي لغير الراهن إن كان عقاراً جاز باتفاق.

قال ابن عبد السلام: لم يطلع المؤلف على الرواية بمنع رهن المشاع كأبي حنيفة.

قُلتُ: لا أعرف هذه الرواية، وظاهر نقل الشُيُوخ عن نفيها، ولو كانت ثابتة ما اضطر إلى التخريج الذي ذكره المازري، والشأن من المحققين والرواة في ذكر غريب مثل هذا، عزوه، وهو فيها باقيه لغير الراهن ربعا أو منقسما لا يفتقر لإذن شريكه، وإن كان غيره ففي كونه كذلك، ووقفه على إذنه قولا ابن القاسم وأشهب، قائلاً: لأن رهنه يمنع من بيعه ناجزًا.

الباجي عنه: فإن لم يأذن انتقض الرهن، فإن أذن فلا بيع له إلا بشرط بقاء جميعه بيد المرتهن للأجل، وكذا لو كان جميعه على يد الشريك، ولا يفسد ذلك البيع وإن لم يكن بقرب الأجل؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه كالغائب.

ابن زرقون: وضمانه من مشتريه بالعقد قاله أشهب، ويلزم عليه نقد ثمنه.

قُلتُ: إلزام نقد ثمنه، قاله التونسي.

الشَّيخ: وغيره، ومنع ابن ميسر بيعه؛ لأنه معين يقبض الأجل.

وعلل التونسي ضمانه من مشتريه بخلاف الغائب يتمكن مشتريه من التصرف فيه في البيع وانتفاعه به.

قُلتُ: ويتحقق موجب الضمان فيه، وهو تمام عقد البيع بتحقق ماهيته بوجوده بقية أركانه وهو البيع، بخلاف، وصوب الباجي قول ابن القاسم: لا يفتقر لإذن الشريك؛ لأن ذلك لا يمنع بيع حظه لو دعاه لبيع جميعه، فإن باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنًا، وإن كان بجنسه قضى منه الدين إن لم يأت برهن مثله، وحوزه وهو دار، وأرض بحلول المرتهن فيه محل راهنه مع الشريك.

ابن حارث وغيره: اتفاقًا بين ابن القاسم وأشهب.

اللخمي: حوز الحظ المرتهن بكونه على يد مرتهنه أو الشريك أو غيرهما، وفي كون ما ينقل كالثوب والعبد كذلك أو يكون جميعه تحت يد أحد الثلاثة قولا ابن القاسم وأشهب، وعزاه محمد في النوادر له، ولعبد الملك في حوز المشاع مما باقيه لراهنه طرق.

اللخمي: إن كان دارًا أو عبدًا في كون حوزه بانفراد المرتهن أو يكفي كون يده فيه مع راهنه، كشريك قولان، ونحوه للمازري.

الباجي: ما ينقل حوزه بانفراد المرتهن به، أو عدل أو ما لا يزال كالربع في كونه كذلك أو يكفي كونه يده فيه مع راهنه، كشريك قولان لأشهب والموازيَّة.

وروى ابن القاسم في المجموعة: من رهن نصف داره قبضه، أو أنه يحوزه دون صاحبه، وهذا إن أشار به إلى الجزء المرتهن فهو كالموازيَّة، وإن أشار به إلى جميع ما رهن بعضه فهو كقول أشهب.

وفيها: إن أقرض رجلان من شرطا عليه رهنًا، بقرضهما، فإن قضى أحدهما دينه،

أيكون له أخذ حصته من الرهن.

قال مالك في رجلين لهما دار رهناها بمائة، فأتى أحدهما بحصته من الدين، يريد افتكاك حقه من الدار: ذلك له فمسألتك مثل هذا.

الصقلي: هذا يدل على أن من رهن نصف داره يجوز أن تبقى يده على النصف الآخر مع المرتهن، وعزا عياض هذا الأخذ لبعض الشُيُوخ، وقال مذهب الكتاب ومشهور المذهب: أن حوزه إنما هو بحوز جميعه، وقيل: يجوز بحلوله في الجزء المشاع محل صاحبه، وكانت يده عليه مع يده وقيل: لا يصح ذلك مما لا ينقل كالربع، وعندي لا يصح أخذ هذا القول من هذه المسألة؛ لأنه لم يقل إن بقاءه بعد يده لا يبطل الرهن إنما تكلم على خروجه بذلك من الرهن، ولعله ليبيعه فينتفع بثمنه أو يعد صاحبه حينئذ يقول له: انظر تحذير ذلك لي، ونضع الجميع تحت يد عندنا؛ إذ قد خرج من رهن وأخشى بقاءه في يدك فيبطل رهني.

قُلتُ: ولهذا الاختلاف فيها اختصرها البراذعي سؤالاً وجوابًا.

الصقلي: عن محمد: من ارتهن حظ شريك مما هو حائز باقيه للمرتهن وحوزه راهني باقيه بطلا، ولو جعلا حظ الشريك الراهن باقيا بيد أجنبي بطل رهن حظه فقط.

[باب في حوز الرهن]

الصقلي عن بعضهم على صحة حوز مرتهن المشاع: من كل لراهنه بحوزه معه، يصح الرهن الثاني؛ ولذا كان الحوز رفع مباشرة الراهن التصرف في الرهن صح وضعه بيد من لا تسلط للراهن على التصرف مما بيده وبطل في غيره.

ابن شاس: يصح حوز مكاتب الراهن رهنه لمرتهنه.

قُلتُ: ظاهره: ولو كان الرهن بعض باقيه لراهنه، وللشيخ والباجي عن عبد الملك في المجموعة: أن وضع الرهن على يد قيم ربه من مكاتبه ومجيزه، فإن كان الرهن بعضه، فليس بحوز، وإن كان جميعه فهو حوز وحوزه عبده لغو.

ابن شاس: وكذا أم ولده.

قُلتُ: هو مقتضى قول سلمها الثالث: إن كان لك على رجل طعام سلم حل فلا

ينبغي أن توكل على قبضه منه عبده أو مدبره أو أم ولده أو زوجته أو صغار بنيه، فلا تبعه بذلك القبض، ولك بيعه في قبض الكبير البائن عنه من ولده.

الباجي: وضع يد الراهن بيد ولد راهنه الصغير لغو اتفاقا، والمالك أمره البائن عنه في العتبيَّة والموازيَّة لابن القاسم: لا ينبغي ذلك.

قال في المجموعة: ويفسخ ولسَحنون في العتبيَّة هو جائز.

ابن حبيب: وقاله أشهب فيه وفي التيب، وفي صحة وضعه بيد زوجة راهنه حتى لا يلي عليه، ولا يقضى فيه، ولغوه قولا ابن القاسم وأَصْبَغ، ووضعه بيد أخي الراهن.

قال ابن القاسم في الموازيَّة والعتبيَّة: لا ينبغي وضعه، وقوله في المجموعة: فقوله في المجموعة يصح أصح.

قُلتُ: في سماع ابن القاسم: لا يعجبني وضعه على يد ابنه ولا امرأته ولا أخيه، وهو وهن للرهن وضعف به، فلا خير فيه.

سَحنون: معناه في ابنه الصغير ولو كان كبيرا بائنًا عنه؛ جاز.

قُلتُ: ذكر الأخ معه يبعد هذا.

ابن رُشْد: قول سَحنون: تفسيرٌ لقول مالك، وقاله ابن الماجِشُون، والقياس استواء الصغير والكبير في صحة حيازتهما للرهن إن كانا بائنين، عنه كاستوائهما في آخر حيازتهما إن كانا ساكنين معه، وكذا الزوج والأخ إن كانا بائنين عنه، ونص عليه ابن الماجِشُون في الزوجة، وكذا إن كانا ساكنين معه، وحاز الرهن عنه في غير موضع سكناهما، وحوز أحد الزوجين خادم الآخر وهي تخدمهما في الهبة والرهن مذكور في الهبة.

الباجي في الموازيَّة: لعبد الملك: إن كان ليتيم وليان فارتهن منهما رهن بدين على اليتيم فوضع على يد أحدهما لم يتم الحوز به؛ لأن الولاية لهما، ولا يجوز المرء على نفسه.

قُلتُ: انظر قوله ولا يجوز... إلخ، ظاهره مطلقًا سواء حاز لنفسه أو لغيره، وهو الجاري على ما تقدم من لغو حوز وكيل الراهن للمرتهن منه بعض شُيُوخ عبد الحق، لو أخذ وصي رهنا من يتيمه ليتيم له آخر من مبايعة بينهما، لم يصح حوزه ولا يجوز من نفسه لنفسه.

وفيها: ليس للوصي أخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهنًا، إلا أن يكون أسلف لليتيم

مالاً من غيره أنفقه عليه، ولا يكون أحق بالرهن من الغرماء؛ لأنه حائز من نفسه لنفسه، فظاهره صحة حوزه لغيره.

عياض: قوله للوصي يرهن لنفسه عروض يتيمه، ليس ذلك له، كذا لأكثر الرواة، ولغير العسال في رواية القرويين فذلك له.

أبو عمران: فالرواية الأولى يستقيم نسق قوله: إلا أن يكون سلف لليتيم من غيره، وعلى الثانية هو استئناف كلام.

قُلتُ: ففي صحة حوز الوصي رهنا من مال يتيمه في دينه ودين غيره ولغوه فيهما؛ ثالثها: في دين غيره لروايتها القرويين، وظاهر نقل محمد عن عبد الملك، وروايتها الأكثر، ووضع الرهن عند من شرطه كونه بيده أو رضيه راهنه ومرتهنه فإن اختلفا؛ فللباجي عن ابن عبد الحَكم وضعه بيد من يعينه الحاكم ووضعه بيد مرتهنه لا يحلف له ولا عليه لخوف راهنه اتلافه وخوف مرتهنه ضمانه.

اللخمي: إن كانت العادة وضعه بيد مرتهنه فالقول قول من طلبه أولاً، قول ابن عبد الحَكم قال: وإن كان ذلك أرى أن يكون القول قول راهنه اتلافه وخوف مرتهنه ضمانه.

اللخمي: إن كانت العادة وضعه بيد مرتهنه؛ فالقول قول من طلبه أولاً.

قول ابن عبد الحَكم قال: وإن كان ذلك أرى أن يكون القول قول راهنه إتلافه وخوف مرتهنه ضمانه.

اللخمي: إن كانت العادة وضعه بيد مرتهنه؛ فالقول قول من طلبه من راهنه فيما لا يضر مرتهنه، وسمع عيسى ابن القاسم: كراء موضع الرهن إن كان مما يحترز على راهنه.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وما لا مؤنة فيه كالرأس والثوب لا كراء فيه.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وعارض الأشياخ قوله في الثوب والعبد، بقول ابن القاسم.

فيها: على الأب في الحاضنة السكنى؛ يريد: على الجماجم، كقول ابن وَهْب في الدمياطية، وأحد قولي ابن القاسم فيها أنه لا سكنى لها، ولا خدمة، والخلاف فيه بناء على أن الحضانة من حق الحاضن أو المحضون على الأول، لا سكنى له، ولا نفقة، وعلى الثاني: له السكنى والنفقة، فعلى هذا القياس إن شرط المرتهن كون العبد بيده فلا كراء،

وإن لم يشترطه ودفعه له الراهن بطوعه فله كراؤه.

قُلتُ: هذا ما لم يكن عرف، والعرف اليوم عدم طلبه.

وفيها: إن تعدى العدل فدفع الرهن لراهنه فضاع ضمنه للمرتهن، وإن دفعه للمرتهن ضمنه لراهنه إن كان كفاف دينه سقط لهلاكه بيده، وإن كان فيه فضل ضمنه العدل لراهنه.

اللخمي: هذا إن سلمه مرتهنه بعد حلول أجله أو قبله، وعقل حتى حل أجله ولم يعلم ذلك قبل حلوله فله إغرام قيمته أيهما شاء، لتعدي العدل بالدفع والأخذ ما حده، فتوقف قيمته بيد عدل آخر، وللراهن أخذها، بإتيانه برهن فإن أغرم العدل لم يرجع العدل على المرتهن؛ لأنه إن سلطه هذا إن ضاع ببينة، ويختلف إن لم تكن بينة، هل يغرم المرتهن للعدل قيمته الآن، أو تكون قصاصا؛ لأن غرم العدل بالتعدي، وغرم المرتهن بالتهمة، وقد يكون صادقًا، وإن غرم المرتهن بالتعدي أخذت منه القيمة الآن عاجلاً، وإن أسلمه العدل للراهن فللمرتهن وقفه على يدي عدلٍ آخر.

اللخمي: إن لم ينتزع من الراهن حتى فلس ففي كون المرتهن أحق به، قولا ابن القاسم في العتبيَّة ومحمد، وعزا الأول ابن رُشْد لأَصْبَغ أيضًا، والثاني: لعيسى بن دينار أيضًا، قال: والأول على قياس القول بأن كونه بيد العدل ككونه بيد مرتهنه في كونه شاهدًا، والثاني على أنه لا يكون بيد العدل شاهدا، وللصقلي فيها كلام حاصله أنه إن غرم المرتهن العدل قيمته قبل محاصة غرماء الراهن بالمرتهن بقية دينه، والعدل بما غرم، وغريم الراهن فيما وجد له أهل حصاص فيه بما لكل منهم، وإن حاص المرتهن غريم الراهن قبل غرم، لإغرامه العدل والرهن غير قائم بيد الراهن، ففي رجوعها على العدل وكل قيمة الرهن ويرد مناب قدرها مما أخذ في الحصاص؛ لأنه ظهر أنه لا حصاص له بها لغريم الراهن يضرب معه فيه ببقية دينه، وقصر رجوعه على العدل بقيمة الرهن مسقطًا منها منابها مما أخذه في الحصاص؛ لأنه بعض ما حاصص، فيختص بما رجع عليه، ثالثها: بتمام ما يجب له لو لم يسلم الرهن، وحاص بما بقي له مما بيد الراهن، غريمه للشيخ على قول محمد، ويحيى بن عمر في محاصة مرتهن زرع قبل بدو صلاحه، وللصقلي: مفرقًا بأن العدل حقًا فيما به حاصص المرتهن، والزرع لا حق له في ذلك.

قال: وإنما شبهها لو تعدى العدل بأكله الرهن لا يدفعه لراهنه، ولابن رُشْد غير ذاكر غيره، وإن كان الرهن باقيًا بيد الراهن ففي رجوع المرتهن على العدل بتمام ما يجب له لو لم يسلم الرهن لراهنه أو بتمام ما يجب له لو سلمه، وهو ما يجب له أو أغرم العدل قيمة الرهن وحاصص بقية دينه فيما للمفلس من رهن أو غيره غرمه بدينه، والعدل بما غرم من قيمة الرهن قولان للصقلي عن عتيق الفرضي مع عبد الحق عن جماعة من القرويين ومحمد، وصوبه الصقلي، وأبطل حجته عليه لفسادها، ولم يذكر ابن رُشْد غير الأول غير معزو كأنه المذهب، فلو كان دين المرتهن عشرين وقيمة الرهن عشرة، ولغريم آخر عشرون، والرهن فائت، ووجد للمفلس عشرون فعلى الأول حظ المرتهن في القصاص عشرة، ويأخذ من العدل عشرة يرد منابها من حظه في الحصاص خمسة، يضرب بخمسة مع الغريم بعشرة، يصير له ثلثها بمقبوضة ربه ستة عشر وثلثان، وعلى الثاني: لا يرجع على العدل إلا بخمسة يختص بها فمقبوضه خمسة عشر، وعلى الثالث: لو اختص بالرهن طار له في المحاصة بما بقي له سبعة غير ثلث مع قيمة الرهن، فذلك سبعة عشر إلا ثلث بيده منها عشرة يتبع العدل بباقيها، فمقبوضه سبعة عشر غير ثلث، ولو كان الثلث باقيًا بيد راهنه فعلى الأول يرجع على الأول بثلاثة وثلث، فمقبوضه ثلاثة عشر وثلث، وعلى الثاني يرجع بما عليه بخمسة فمقبوضه خمسة عشر.

اللخمي: إن كان الرهن قائمًا بيد راهنه وقيمته عشرة، وبيده خمسة وعلى المرتهن عشرة، ولغريم آخر عشرة، أخذ المرتهن سبعة ونصفًا، وتبع العدل بتمام دينه، لو كان قيمة الرهن خمسة وبيده عشرة، أخذ نصف الخمسة عشر، وتبع العدل بخمسة أسداس؛ لأنه لو لم يسلم الرهن، أخذ المرتهن خمسة، قيمة الرهن تبقى له خمسة يحاصص بها مع الغريم بعشرة في العشرة التي للراهن حظه منها ثلاثة وثلث، وبيده من الرهن خمسة، فذلك ثمانية وثلث، وصار له بالمحاصة سبعة ونصف، فالذي سلم عليه نصف الرهن خمسة أسداس دينار، ولو هلك الرهن وبيد الغريم عشرة، وقيمة الرهن خمسة، فذلك ثمانية، وثلث فله نصفها بالمحاصة، ويتبع العدل بثلاثة وثلث، ولو هون الراهن به ماله كان طعاما فأكله أو ثوبًا فلبسه أو باعه فاشترى بها ما أكل رجع على العدل بدنانير أو بدينارين غير ثلث؛ لأنه لو لم يسلم الرهن له بقي للغريم من العشرة التي وجدت بيده

خمسة، ولم يجد المرتهن إلا خمسة ينوبه بالمحاصة ثلثها مع خمسة من الرهن، فكل ما كان يصير له سبعه غير ثلث، بالذي فوته تسليم الرهن بقياس غير ثلث.

ورجوع الرهن بحوز راهنه اختيارا يبطل حوزه: سمع أبو زيد ابن القاسم من ارتهن دارًا، ثم أكراها بإذن ربها من رجل، ثم أكراها الرجل من راهنها، وإن كان أجنبيًا عنه؛ فذلك جائز.

ابن رُشْد: هذا إن علم أنه من سببه، ولو لم يتخرج بطلان ثاني القولين من حيث لا علم من فلان، فيباع ممن اشترى له هو من سببه، وجهل الحالف ذلك في حنثه قولان لظاهرها، وأشهب مع روايته، ولو خرجت من يد راهنها بانقضاء أمد الكراء صح الرهن، وصحة الرهن والمكتري من المرتهن أجنبي؛ لأن المرتهن مغلوب على ذلك، وحكم الفقيه أبو إسحاق ابن عبد الرفيع المصنف أبي عبد الله بن عبد النور بإخراجه من داره بعد أن رهنها واكتراها ممن أكراها من مرتهنها خلاف السماع، إلا أن يحمله على أنه بعد حوزها وخروجها عن يد راهنها، أو أخذ بقول المازري، وتعقب ابن حارث قول ابن القاسم فيها، من ارتهن نصف دار من رجل، فاكترى الراهن نصف شريكه منه فسد حين سكن.

المازري: فإذا بطل هنا مع بعد التهمة فأحرى إذا أخذه من مكتريه.

قُلتُ: وقبول ابن رُشْد ما في السماع مع بعد عدم ذكره مسألة المدَوَّنة يقتضي عدم ورود تعقب فلعله؛ لأن شريكه كمن هو من ناحيته لعلاقة الشركة، أو لأن الشركة أو لأن المرتهن مختار في رجوع الرهن لراهنه في مسألة الشريك لقدرته على القيام بالمقاسمة ليختص فيحوز رهنه، وهو دليل قول ابن القاسم في تعليلها بقوله؛ لأنه إذا لم يقم بقبض نصفه ويقاسم الشريك صار غير حائز لرهنه، ولو قال الشريك: أنا أكري حظي من الراهن لم يمنع، وقسمت الدار ليحوز المرتهن رهنه، ويكري الشريك من الراهن رهنه والمرتهن غير قادر على اختصاصه بالرهن في اكترائه من الأجنبي من الراهن.

وفيها: إن قبض المرتهن الرهن ثم أودعه راهنه أو آجره أو أعاره إياه أو رده إليه بأي وجه حتى يكون الراهن هو الحائز له، فقد خرج من الرهن.

الصقلي لمحمد عن أشهب وابن القاسم: ثم للمرتهن القضاء برده له إلا أن يفوت

بتنخيس أو عتق أو تدبير أو بيع أو قيام غرماء.

وقال ابن القاسم في المَدَوَّنة: ليس له رده إن أعاره إياه إلا أن يعيره على ذلك فله رده ما لم يفت أو تقم الغرماء عليه، وقال أشهب: له رده عليه في العارية مطلقا، ولابن رُشْد في رسم العتق من سماع عيسى: ليس له رده في العارية قبل مضي أمد انتفاعه به اتفاقًا، بخلاف عارية الرجل ماله في رده قبل مضي ذلك قولان لها ولغيرها، وفي رده بعد مضي أمد انتفاعه قولا أشهب وابن القاسم في هذا السماع معها، وله رده في العارية المؤجلة بعد أجلها اتفاقًا، كإعارته على رده، فإن رده حيث يجب اتفاقًا أو على قول عاد رهنًا اتفاقًا، وإن رده جاز اختياره حيث لا يجب اتفاقًا، وعلى قول من لا يوجبه ففي رجوعه رهنا مطلقا أو نص على رهنيته قولا ابن القاسم ومالك بناء على عدم افتقار الرهن للتصريح به، وافتقاره له، وقول ابن القاسم فيها افتقاره، ولم يشترط هنا لاستصحاب تقدم كونه رهنا، وألغى مالك اعتبار تقدم كونه رهنا، ويجب على مذهبه إذا لم يكن رهنًا أن يكون أحق به ما لم تكن غرماء على نفي ما في الذمة.

ونصها في المَدَوَّنة وسماع أبي زيد من المديان والتفليس: وإن رده إليه بإجارة فله أخذه منه لرده لحكم رهنه إن انقضى أمد إجارته لا قبل انقضائه، وقيل: إن ادعى جهل كونه نقضًا لرهنه وأشبه ما قال حلف، وكان له رده إن لم تقم غرماؤه، وإن رده إليه بإيداع فلم أقف في وقتي على نص رواية في ذلك، والذي أقوله أن له رده من بحكم رهنه إن لم يكن عليه دين يستغرقه باتفاق وما لم يقم عليه الغرماء على اختلاف قول مالك في رهن من أحاط الدين بماله.

قُلتُ: قوله لم يقف في رده بإيداع على نص رواية بعيدٌ على رتبة حفظه في النوادر من الموازيَّة لابن القاسم وأشهب رده بإيداع يبطل حوزه، وقال أشهب: يقضى له برده ما لم يقم عليه الغرماء.

قُلتُ: هو مقتضى قولها ليس لمرتهن إعارة رهنه راهنه، المدة يرده في رهنه إلا أن يكون أعاره على ذلك؛ لأن عاريته بإيداعه؛ لأن منفعة الرهن لراهنه الثاني في الموازيَّة، لو مات الراهن فأكرى المرتهن الرهن من وارثه لم يبطل حوزه؛ لأن الدين لم ينتقل لذمة الوارث.

قُلتُ: صرح في النوادر بأن التعليل لمحمد، وزاد ولو كان ذلك والأب حي لبطل الرهن.

قال ابن الحاجب: لو عاد لرهنه اختيارًا فللمرتهن طلبه قبل فوته بعتق أو تحبيس أو قيام غرماء.

قال ابن عبد السلام: وكذا عندهم التدبير، وفيه نظرٌ، فإن التدبير ليس بمانع من ابتداء الرهن إلا أن يكون معنى قولهم: أنه لا يباع الآن، ولكن يرد إليه فيحوزه كما يحاز المدبر في الارتهان، وقد أشار بعضهم إليه.

قُلتُ: هو مقتضى كلام اللخمي وغيره في وقوع ذلك قبل الحوز، ولا فرق بينه وبين كونه بعد الحوز ورده إليه، وحمل ابن هارون قولهم في التدبير على أنه فوت كالعتق.

وقال ابن بشير: له رده للرهن في التدبير ويبقى مدبرًا، وهو أحسن لجواز رهن المدبر.

ثم قال ابن عبد السلام: وهذا إنما هو على القول بأن بطلان الحوز إنما هو بتصرف الراهن في الرهن بإذن المرتهن، كاف في الخروج من الرهن لا يحتاج إلى التفويت بشيء مما ذكر.

قُلتُ: قوله: (لا يحتاج... إلخ)، وهم؛ لأن الأشياء المذكورة إنما ذكرت تفويتًا لرده في الرهن، إن طلب المرتهن رده للرهن لا لإبطال الحوز المعروض للجبر برد الرهن لمرتهنه والإذن في التصرف إنما هو مبطل للحوز كإبطاله بالتصرف بالفعل المعروض للجبر بالرد المذكور والرد فيه، هو منعه مما أذن له فيه، كما أن الرد فيما أحيز بالفعل عن يد مرتهنه بنزعه من يده فتأمله، وقبولهم مفهوم من قول ابن الحاجب وهو أن له رده إن لم يفت، إنما ذكر خلاف مفهوم نصها في العارية.

ورجوعه للراهن دون اختيار المرتهن لا يبطل حوزه لقولها في اللقطة: إن أبق العبد الرهن صدق المرتهن في إباقه، ولا يحلف وهو على حقه، فإن وجده ربه، وقامت الغرماء فالراهن أولى به إن حازه المرتهن قبل إباقه إلا أن يعلم أنه بيد راهنه فتركه حتى قامت الغرماء.

ابن حارث: اتفقوا على أنه إن أذن المرتهن للراهن في كراء الدار أو سكناها ففعل أن

الرهن قد بطل، وإن لم يكرها ولم يسكنها حتى فلس أو مات ففي خروجه من الرهن قولا ابن القاسم وأشهب.

ابن حارث: إن كان الرهن بيد أمين فأول، وإن كان بيد مرتهنه فالثاني.

قُلتُ: الأول هو نصها في حريم البئر، ولم يحك ابن رُشْد عنه خلافه.

وقال ابن القاسم في كتاب الرهن منها: خلافه.

قُلتُ: هو مفهوم متقدم قولها حتى يكون الراهن هو الحائز له.

ابن حارث: وصفة دوام حوزها يستقل بمباشرة المرتهن العقد على أسباب تحصيل غلته في حريم البئر منها من ارتهن بئرًا أو عينًا أو قناة أو جزءًا من شرب ذلك، وحاز فليس لراهنه أن يكريه، ولا لمرتهنه بغير إذنه ولكن يتولى المرتهن كراءه بإذنه.

الباجي: لابن حبيب عن ابن الماجِشُون: أحب إلى كونه بإذنه، وإن لم يأمره مضى، ولابن القاسم وأشهب في المجموعة: ليس له ذلك إلا بأمره، وسمع ابن القاسم المرتهن أولى من الأمين يلي ذلك بإذن الراهن.

ابن زرقون: وروى ابن عبد الحَكَم: له أن يكريه دون صاحبه، ولأشهب إن شرط رهن كراؤه مع رقبته؛ فله كراءه، وسمع ابن القاسم إن طلب المرتهن أجر قيامه بالرهن واقتضائه غلته إن كان مثله يعمل بأجر، ومثله يؤاجر نفسه في مثله؛ فله ذلك وإلا فلا أرى له ذلك.

ابن القاسم: مثله في رسم جاع من كتاب الجعل، ولا بد من يمينه، إنما فعل ذلك احتسابًا، إنما فعله؛ ليرجع بذلك على ما في سماع يحيى من الكتاب المذكور.

الباجي لابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إن حابى المرتهن في كراء الرهن ضمن المحاباة، ومضى الكراء.

قال: فإن أراد الراهن تعجيل الرهن وفسخ الكراء، والكراء بلا وجيبة؛ يريد: وهو على عمل معين يتقدر بنفسه؛ لم يكن له فسخه، وإن كان وجيبته؛ فللراهن فسخه، وإن كان أجله دون أجل الدين، وقال أَصْبَغ: إن كان وجيبة إلى أجل الدين بدون؛ فلا فسخ له، وإن كان أبعد منه؛ فله فسخ ما زاد إذا حل الأجل قال: فإن كان الدين حالاً؛ فلا يكريه بوجيبة طويلة جدًا، وإن فعل لم يلزم الراهن إن عجل الدين.

قُلتُ: هذا بناءً على صحة كراء المرتهن دون إذن الراهن؛ لأن ما كان بإذنه لا مقال له بحال فيه.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إن ترك المرتهن كراء ما الشأن إكراؤه من دار أو عبد حتى حل الأجل غرم كراءه، أَصْبَغ: لا غرم عليه، وكذا الوكيل على الكراء يترك ذلك لا غرم عليه.

ابن حارث: اتفقوا على أنه إن ولي الراهن عارية الرهن بطل الرهن ولو أجازه المرتهن بغير إذن الراهن لا يبطل اتفاقًا، وإن أعاره بإذنه ففي بطلانه قولا أشهب وابن القاسم وابن حارث إن كان ذلك لمن أراده المرتهن لم يبطل، وإن كان لمن أراده الراهن بطل.

قُلتُ: فنقل المازري مسألة الخلاف بلفظ لو اتفاقًا على عاريته لرجل قاصدًا لإيهامه أنهما استويا في عاريته فيلزم الخلاف في استقلال المرتهن بها بإذن الراهن، ولابن رُشْد في أول مسألة من رسم الرهون من سماع عيسى، قوله: اضطربت ألفاظ السماع فيمن يلي المؤاجرة في الرهن وكرائه، فقوله أول كلامه: ليس لمرتهن ما له غلة أن يحول بين الراهن وبين استعمال رهنه؛ يريد: لا يحول بينه وبين عقد الإجارة يتولى ذلك والكراء فيه، وقال: ليس للراهن أن يفعل ذلك إلا بإذنه وعلمه، فدل قوله على أن الراهن هو الذي يلي ذلك بأمر المرتهن، وقال آخر المسألة: المرتهن هو الذي يعامل في عمل الحائط فيبيع الغلة ويؤاجر الدار، وليس للراهن في ذلك أمر فدل قوله على أن المرتهن هو الذي يلي ذلك، والذي أقول في ذلك إن كانت الغلة لم يشترطها المرتهن ولي المرتهن الكراء، ولم يجز أن يليه الراهن؛ لأنه إن وليه بإذن المرتهن وأخذ الغلة صار منتفعًا بالرهن فبطلت حيازة المرتهن وهو نص قوله فيها: إن أذن له أن يكري الدار، فقد خرجت من الرهن معناه عندي أنه أذن له أن يكريها ويأخذ كراءها، وعليه يحمل قوله آخر المسألة، والمرتهن والمسلم هو الذي يعامل في ذلك، وليس للراهن فيه أمر، وإن كانت الغلة رهنًا باشتراط المرتهن جاز أن يلي الراهن عقد الكراء فيها، والإجازة لها بإذن المرتهن، وعليه يحمل قوله أول كلامه، وفي ولاية المرتهن عقد الكراء دون إذن الراهن اختلاف.

قال محمد: لا يكري إلا بإذنه معناه والكراء للراهن ومثله في حريم البئر منها.

قال: لا يكري إلا بإذنه، والكراء لرب الأرض الرهن، وإن كان الكراء في الرهن بإسقاط فله كراؤه بغير إذنه وليس له منعه من كرائه، وقاله أشهب وعليه تحمل رواية ابن عبد الحَكم له أن يكريه دون إذن ربه، وقيل: يجب ذلك على المرتهن إن تركه ضمن، وإن كان الرهن يتخذ للكراء، وله قدر قاله ابن الماجِشُون، وقال أَصْبَغ: لا ضمان عليه، وهو ظاهر ما في المدَوَّنة وغيرها من قول ابن القاسم، وروايته: إذ لم يفرق في شيء من ذلك بين ما يتخذ للكراء وغيره.

قُلتُ: ففي بطلان دوام حوز ذي الغلة يتخذ للكراء بمباشرة الراهن عقد كرائه أو قبضه مطلقًا أو ما لم يشترط رهن غلته معًا طريقا المتيطي مع الباجي والأكثر وابن رُشْد وفي وقف ولاية المرتهن على إذن الراهن، ثالثها: إن لم يشترط رهن الغلة لابن القاسم مع أشهب، ورواية ابن عبد الحَكم وابن زرقون مع أشهب، وفسر ابن رُشْد الأولين بالثالث، وتقدم حكم وجود الرهن بيد المرتهن بعد فلس الراهن أو موته.

وفي الموازيَّة: وكذا وجوده بيد الأمين.

ابن عات: قال ابن عتاب: شهادة الأمين في الارتهان ضعيفة.

وقال سَحنون: شهادة العدل البيع، وليس عليه رهن غيره؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك لذلك وبيعك غير منتقض.

عياض: كذا في بعض الروايات لمحمد عن مالك وابن القاسم، وفي رواية أخرى: وليوضع، وعلى هذه الرواية نقلها الشَّيخ في نوادره ومختصره، وكذا ابن أبي زَمَنَيْن، ونقلها اللخمي عن رواية، يوضع وكذا في موضع آخر من النوادر لأشهب، ودليل قوله: (لأن تركك إياه... إلخ)؛ أنه لو لم يتراخ لم يبطل الرهن، ومضى البيع إن كان ثمنه رهنًا، هذا تأويل الشَّيخ.

وقال غيره: وأشار إليه بعض شُيُوخنا أنه لا يجوز بيعه، ويرد لراهنه، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهنًا أشار إليه بعض شُيُوخنا وهو على جواز الهبة إن مات الواهب قبل التراضي في حوزها.

قُلتُ: لا يلزم بطلان الهبة بالموت بطلان الرهن بالبيع؛ لأنه فعل عداء، وأشار بعض شُيُوخنا إلى أن هذا فيما اشترط في العقد، وما تطوع به بعد العقد من رهن فبيعه قبل

قبضه كبيع الهبة قبل قبضها.

وفي الموازيَّة: قرب أو بعد فات أو لم يفت بنقد البيع.

زاد عبد الملك في المجموعة: كان بتفريط أو غيره، البيع نافذ كله على الخلاف في الهبة المبيعة.

قال بعض الشُيُوخ: إنما يبطل الرهن أن يسلم للمشتري السلعة قبل بيع الرهن، وإن كانت سلعة قائمة لم يلزمه تسليمها حتى يرجع إليه رهنًا، ولو كان فرط في قبض الرهن.

قُلتُ: ما عزاه لبعض الشُيُوخ أولاً، وثانيًا، كلام ابن رُشْد في رسم الرهون من كتاب ابن الموَّاز من سماع عيسى.

وفي الجلاب معها: إن باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن لم يجز، فإن باعه بعد حوزه المرتهن أو أمينه بغير إذنه بمثل دينه فطرق.

ابن رُشْد في سماع ابن القاسم: يعجل له دينه إن كان مما يقضى به عليه بتعجيله ككونه عينًا أو قرضًا، ومعنى قولها: لا يجوز إلا أن يجيزه المرتهن أنه باعه بأقل من حقه أو كان الدين عينًا في عين قرض، وليس قولها على هذا بخلاف هذا السماع إن باعه مضى البيع، وعجل للمرتهن حقه.

الصقلي: في نفوذ بيعه وتعجيل الدين ورد بيعه مطلقًا ورواية ابن القاسم وأشهب قائلاً: إن هلك ثمن الرهن قبل دفعه وعنده وما به وداه، وتم البيع، وإلا فللمرتهن رد بيعه.

ابن حارث: اتفقوا إن باعه بغير إذن مرتهنه أن له فسخه، فإن أمضاه ففي تعجيل حقه وبقائه لأجله قولا ابن القاسم وأشهب، ولابن الماجِشُون: إن بلغ الثمن حق المرتهن جاز البيع، ولا خيار لمرتهنه، ويعجل له حقه، واختاره يحيى بن عمر إن اتفق الثمن والدين في الصنف والجودة.

قُلتُ: قول ابن الماجِشُون ينقض نقل اتفاقه.

اللخمي: إن كان الدين عينًا وبيع بمثله مضى البيع وعجل الدين، وكذا إن كان عرضًا من قرض ورضي الراهن أن يشتري بثمنه ويعجله، وفيه وفاء، وإن كان بيعه

وقت نفاق الرهن أو موسم بيعه لم يرد البيع، وإن لم يف بالدين؛ لأن منعه ضرر على الراهن دون منفعة للمرتهن، وإن باعه بأقل ففي وجوب تعجيل الراهن الدين، ولو بإتمامه من ماله إن كان ذا مال بعتقه وتخيير المرتهن في رده نقلا ابن رُشْد عن أشهب، وعنها وعليه قال: إن أمضاه ففي وقف ثمنه رهنا إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة، ووجوب تعجيله قولان لها في رهنها، وكتاب التجارة مع سَحنون، ورواية ابن عبد الحَكم: ولو باعه بإذنه ولم يسلمه إلا لمبتاعه، فإن شرط رهن ثمنه لزم، وإلا ففي كونه رهنا إن حلف ما أذن له إلا لإحياء الرهن، وبطلانه قولها، ونقل الصقلي عن أشهب، وعلى الأول فيها إن أتى راهنه برهن ثقة يشبه الأول، وقيمته كقيمته فله أخذ الثمن وإلا بقي رهنا لأجله، شرط كون قيمة الثاني بقيمة الأول، وإن كانت أزيد من الدين خوف نقص الأسواق، وقيل: إن كان الأول مما لا يضمن فلا يلزم ما يضمن، ولو أسلمه لراهنه فباعه بأدنى ففي بطلانه وقبول قوله: أنه لإحيائه بيمينه قولها، ونقل الصقلي عن نقل بعض الفقهاء، ولو أسلمه لراهنه ليبيعه، ففي قبول قوله؛ إنما فعلته لتعجيل حقي وسقوطه؛ لأن شرط تعجيله الثمن على البيع في الإذن سلف جر نفعًا، نقل الصقلي قولي أشهب قائلاً: على الأول هو أحق بالثمن من الغرماء إن قاموا قرب دفعه وهم إن قاموا لبعد بعده.

وعتق الراهن الرهن وهو معسر لغوٌ:

ابن حارث: اتفاقًا.

قُلتُ: لأنه عتق مدين وعليه.

قال الصقلي: يروي محمد إن كان الراهن عديمًا ولا فضل في ثمن العبد لم يبع، ولو كان فيه فضل بيع بقدر الدين وعتق منه الفضل، وإن لم يوجد من يشتري بعضه، وأعطى راهنه فضل ثمنه.

الصقلي: لايباع كله حتى يحل الأجل لعل السيد أن يفيد مالاً فيعتق، وإن أعتقه موسرًا قبل حوزه ففي مضيه بلزوم تعجيل حق المرتهن أو دونه.

نقل اللخمي عن ابن القاسم في العتبيَّة، ونقل ابن حارث عن أشهب: وبعد حوزه في لزوم تعجليه حق المرتهن مطلقًا، أو ما لم يأت برهن ثقة معروف المذهب.

ونقل اللخمي عن القاضي عن الأبهري مطلقًا، لا بقيد كونه مطلقًا، لا بقيد كونه بعد الحوز، والصقلي في آخر ترجمة جناية الرهن، انظر إن أعتق العبد والدين عروض من بيع، وامتنع المرتهن من تعجيلها هل يغرم الراهن قيمته فتوقف رهنًا، ما لم يأت برهن ثقة، أو يبقى رهنًا بحاله لا يعجل.

قُلتُ: وهو كلام التونسي يؤخر تنفيذ عتقه لحق المرتهن، وعلى التعجيل في كونه في كل الدين إن كان أكثر من قيمته، أو قدرها فقط قولها، ونقل اللخمي عن ابن القاسم فيمن أعار عبدًا ثم أعتقه، قال: ولابن القاسم في الموازيَّة تعديه بعتقه كبيعه.

ابن الحاجب: إن أعتقه قبل القبض أو بعده كالبيع قبله.

وفيها: بتعجل هذه، ولا يلزم قبول رهن ابن عبد السلام على هذا، ينفذ العتق، ويأتي برهن ثقة أعتقه قبل قبضه أو بعده، وهو في غاية البعد عن الروايات.

قُلتُ: نقل ابن الحاجب هو مقتضى قول الأبهري، ونقل اللخمي عن ابن القاسم في العتبيَّة إن كاتبه بعد حوزه.

قال اللخمي: وبقي رهنًا، وقيل: كعتقه.

الصقلي: عن محمد بقي، فإن حل الأجل، وفي كتابته وفاء نفعت، فإن كان فيها فضل بيع منها بقدر الدين، وإن لم يكن فيها وفاء بيعت رقبته.

الشَّيخ: في الموازيَّة: قال ابن القاسم: والكتابة كالعتق تمضي، ويعجل المرتهن حقه إن كانت بعد حوزه.

الصقلي: وإن كانت قبل حوزه حازه مكاتبا، وفي كون الكتابة رهنا كالرقبة ولا كالغلة، قولا أشهب ومحمد.

اللخمي: على قول أشهب: يقبض المرتهن كل نجم يحل، فإن وفى الكتابة ولم يف الدين لم تنفذ له حرية حتى يحل الأجل يقبض من الراهن تمام دينه، فإن أعدم بيع من المكاتب على أنه مكاتب بقدر ما بقي، فإن لم يف عجز وبيعت رقبته.

قُلتُ: للشيخ في الموازيَّة عن أشهب: إن كان الراهن عديما وحل أجله بيع كله، وأعطى فضل ثمنه للراهن إذ لا يكون بعض مكاتب.

اللخمي: وعلى قول محمد يقبض السيد كل نجم يحل ولا حرية له، فإن أدى السيد

الدين عند حلوله وإلا بيع، والعبد في القولين بالخيار بين أن يمضي على الكتابة على هذا أو يرد؛ لأن عليه فيه ضررًا، إلا أن تكون الكتابة بكتابة كخراجه.

قُلتُ: في النوادر من المجموعة قال سَحنون: لها الكتابة فتمضي إن كان مليًا، ويؤخذ منه الدين، وإن كان عديماً، وفي الكتابة إن بيعت وفاء بالدين جازت وبيعت، ثم ذكر قول أشهب المتقدم: وإن دبره ففي بقائه رهنا مدبرًا، وكونه كإعتاقه، قول ابن القاسم محتجًا بصحة رهن المدبر ورواية المدبر.

الصقلي: صوبها بعض الفقهاء بأنه لو لم يعجل غرم الراهن كالعتق لاحتمال عسره عند حلول الدين، فيبطل تدبيره.

سَحنون: فإن عدم تعجيل إغرامه يؤدي لتأخير اقتضاء حقه من ثمنه بعد حلول دينه لموت راهنه، ورده الصقلي باحتمال أن معنى قول ابن القاسم إن حل أجله في حياة راهنه عديما بيع في الدين، ومثل رواية ابن وَهْب، نقل الشَّيخ عن محمد عن أشهب التدبير كالعتق إن كان الراهن مليًا عجل الدين إن دبره بعد حوزه، وإن كان عديمًا بيد مرتهنه بحاله إن ودى الراهن الدين بعد تدبيره، وإن لم يؤده بيع جميعه، ولو كان في ثمنه فضل دفع لسيده؛ إذ لا يكون بعض مدبر.

ابن حارث عن يحيى بن عمر: يباع منه بقدر الدين وينفذ غيره.

الباقي: والكتابة تباع كلها؛ إذ لا يكاتب بعض عبد.

قُلتُ: هذا يوجب تعقب ظاهر قول ابن الحاجب بعد ذكره المكاتب: إن تعذر بيع بعضه بعد أجله بيع جميعه.

وفي رهونها: إن أعتق المديان عبده، فأراد الغرماء رده، فقال لهم العبد: خذوا دينكم، ولا تردوا عتقي أو تبرع بذلك أجنبي، فذلك للعبد.

اللخمي: إن أعتق الراهن بعد حوز الرهن وهو معسر، فقال العبد أو أجنبي خذوا دينكم، كان ذلك له ولا قول للمرتهن، فإن قال العبد أو الأجنبي: إنما قضيت، لأرجع على السيد، فذلك له؛ لأن السيد رضي أن يعتق، ويبقى الدين في ذمته يتبع به، وقال أبو الزناد في العبد: ليس له ذلك، وليس بحسن، ولا يجري قوله على أصلٍ.

قُلتُ: بل يجري؛ لأنه سلف منه لسيده جر نفع عتقه.

الصقلي: ينبغي لو رضي العبد أن يسلف سيده ذلك أن يكون له الرجوع به عليه؛ لأن للغرماء أن يجيزوا عتقه، ويصبروا بدينهم إلا أن يقال: لم يكن عتقه يتم إلا بقضاء الدين، فصار كأنه أدى الدين وهو في ملك سيده، وفي هذا نظر؛ لأن سيده لو أعتقه وللعبد على سيده دين ولم يكن استثنى ماله لمضى عتقه وبقي دينه في ذمة سيده، وليس له رد عتق نفسه بدينه؛ لأنه إن رده كان أضر به إن رده لسيده حينئذ، أخذ ماله إن شاء كما قيل: أن من رفع أمته من عبد وقبض صداقها ولا مال له، فاختارت نفسها، فطلب زوجها سيدها بالصداق، وطلب رده عتقه الأمة لعسره بالصداق.

قيل: لا يكون لها خيار؛ لأن خيارها الطلاق يوجب سقوط عتقها وبقاؤها حرة تحت عبد خير من إبقائها أمة لموجب سقوط خيارها، ولم يجعل أن العتق يمضي؛ لأن إيجاب الصداق على الميت إنما حدث بعد العتق، كما قال: إذا أخذ مهر أمته وأعتقها، ثم طلقها، الزوج أنه دين عليه حدث بعد الطلاق لا يرد العتق.

الصقلي: ولا فرق بينهما وهو اختلاف قول، وقول ابن عبد السلام: لا شك أن ليس للأجنبي إذا دين السيد سلفًا له الإمضاء وعتق العبد بخلاف العبد خلاف ما تقدم للخمي نصًا، ولظاهر لفظها، وإن أعتق العبد الرهن معيبوه بعد حوزه ففي لزوم غرمه الأقل من قيمته أو من الدين أو الدين، وإن زاد على قيمته، ثالثها: لا غرم عليه إن حلف ما أعتقه ليؤدي الدين، ورابعها: الأول: إلا أن يكون المستعير هلك عن إياس أن يكون له شيء، فالثالث لابن القاسم، ولنقل اللخمي، وعلى القول الآخر يعجل الدين، وإن زاد على قيمته مع ابن حارث عن سَحنون ويحيى بن عمر محتجًا بأنه لا يخرج رهن من يد مرتهنه إلا بقبض دينه، والصقلي عن محمد عن أشهب، واختياره محمد وأشهب كمن أعتق عبده بعد أن جنى، فحلف ما أعتقه لأداء الأرش، ورده محمد بأن الجناية أدرجت للعبد من ملك ربه.

قُلتُ: وبأن الأرش مسبب فعل العبد بقرب قصد العتق أنه بعدمه، والدين ليس من سبب، وقول اللخمي: يريد: ما حكاه من القول، فحمل فعل الفاعل على عدم التعدي وقصده به أداءة الرهن به رهن ابن حارث إن كان المعير عديمًا بقي رهنا اتفاقًا، وقول ابن شاس إن غرم الدين بملائه رجع المستعير بعد حلول الأجل صواب، كقولها

إن تعجل رب الدين دينه قبل حلول أجله من تركه حميل به لموته، فلا رجوع لوارثه على الغريم حتى يحل أجله.

وفيها: إن حملت أمة الرهن من راهنها بإذن مرتهنها في وطئها بطل رهنها، وإن حملت فوطأه إياها توبا غرم قيمتها عاجلاً، وإن كان عديمًا، فقال اللخمي: يباع منها بقدر الدين ويعتق الباقي، وقال أشهب: يؤخر لحلول الدين؛ لأنه لا يكون بعض أم ولد ولم يحك.

ابن رُشْد: لعدم الراهن إلا بعد حلول الأجل.

ابن حارث إثر قول أشهب: وقال يحيى بن عمر: لا يباع منها إلا بقدر الدين وباقيها، فقيل: يعتق الآن، وقيل: يوقف لعله يملك باقيها بوجه ما، إلا أن يدخلها بالبيع منها حرية فيجتمع على تعجيل عتق.

ابن رُشْد: إن فقد ما يبتاع منها بقدر الدين بيعت كلها أو تصدق الراهن بفضل ثمنه؛ لأنه ثمن أم ولد، وقيل: تباع كلها، ولو وجد من يبتاع منها بقدر الدين لضررها بتبعيض عتقها، ولو حملت بوطئه وهي تتصرف للمرتهن، ففي كونه كإذنه أو كلنسورة، قولها: ونقل اللخمي: رواية محمد قائلا: ولا سبيل على الولد وصوبه، وسمع عيسى ابن القاسم: إن كانت بيد عدل، فردها لراهنها فحملت منه عجل الدين لربه، وكانت له أم ولد، فإن كان عديمًا غرم العدل قيمتها لمرتهنها يوم وطئها واتبع الغريم بذلك، فإن كانا عديمين بيعت تضع في الدين أو قدره منها، وعبر عنه اللخمي: إن كانا غريمين، فالمرتهن أحق بالجارية إن لم يعلم، وعلى قول محمد: لا سبيل للمرتهن عليها، كقوله: إن كانت بيد الراهن لم يكن المرتهن أحق، ومثله لابن رُشْد.

وفيها: من رهن أمة عبده أو رهنهما معًا، فليس للعبد وطؤها في الرهن، ثم هي في الوجهين بعد فكاك الرهن للعبد كما كانت وإرهانها وافتكاكها جميعًا أبين.

الصقلي: في كون شرط مال العبد رهنًا معه كذلك أو له أن يطأ أمته ما لم يرهنه جاريته قول الموازيَّة وقول بعد أصحابنا اللخمي.

قال محمد: ورهنها أو رهن أمة عبده فقط، انتزاع؛ يريد: فلا يرجع إليه إلا برد جديد، ورأى في المدَوَّنة أنه تعريض للانتزاع، وليس بانتزاع.

وقال ابن عبد السلام: ليس ذلك انتزاعا، إنما هو شبه انتزاع، ولو كان انتزاعًا لافتقر بعد الفداء إلى تمليك آخر، ويرد بأن شبه الشيء في الفقهيات، كالشيء فما لزم في الانتزاع؛ لزم في شبهه؛ والصواب ما وقع في الموازيَّة أنه انتزاع، ويرد إلزام اللخمي علي أنه انتزاع افتقاره لرد جديد، فإنه انتزاع لشيء خاص، وهو دين الارتهان لا لمطلق ملك المنتزع، فإذا سقط تعلق دين الارتهان بقي على ما كان عليه لمن انتزع كمن انتزع جارية عبده بهبتها لرجل، فلم يقبلها.

وقال ابن رُشْد في رسم: إن خرجت من سماع عيسى من كتاب النكاح.

قال في المدَوَّنة: إن رهنه أمة عبده معه غير انتزاع، ومنعها الوطء؛ لأنه تعريض لانتزاعه إياها، وقيل: هو انتزاع، والأول أظهر.

قال ابن عبد السلام: وهذا في المأذون له في التجارة، وأما المحجور عليه؛ فليس له وطء أمته إلا بإذن سيده كما تقدم.

قُلتُ: ظاهر الروايات في المدَوَّنة وغيرها: أن للعبد أن يطأ أمته دون إذن سيده في وطئها، وليس كما زعم، وغره في ذلك -والله أعلم- قول الصقلي وغيره في مسألة كتاب النكاح الأول، وللمكاتب والعبد التسري في ماله بغير إذن سيده.

قال الصقلي: يريد: إن كان مأذونًا له في التجارة، ولا دليل فيه على وطء غير المأذون له على إذن سيده؛ لأن معنى التسري في ما له أن يكون بيده مال؛ فيريد: أن يتسرر فيه، وهذا لا يمكنه الوطء بملكه إلا باشتراء الأمة، ومطلق شرائه لا يجوز إلا بإذن سيده، وأما الوطء لما تقرر في ملكه فلا موجب؛ لافتقاره لإذن سيده، وقد قال أبو إبراهيم في مسألة كتاب النكاح لما حكى قول ابن يونس.

قال ابن رُشْد: وكذلك العبد المحجور، ولابن رُشْد في المقدمات: مذهب مالك: أن للعبد التسرر في ماله إذا أذن له سيده، ويطأ بملك يمينه.

قُلتُ: فقيد التسرر بإذن السيد دون وطئه.

وفيها: إن وطئها المرتهن فولدت منه حد ولم يلحق به الولد ولا يعتق عليه إن ملكه، وكان رهنا مع أمه، ويغرم ما نقصها وطؤه، ولو كانت ثيبًا أو أكرهها، وكذا إن طاوعته وهي بكر، وإن كانت ثيبًا فلا شيء عليه، والمرتهن وغيره في ذلك سواء.

الصقلي: الصواب أن عليه ما نقصها، وإن طاوعته وإن كانت ثيبًا وهو أشد في الإكراه؛ لأنها في الإكراه لا تعد زانية بخلاف الطوع، فإذا دخل على سيدها فيها عيب فوجب عليه غرم قيمته، ونحوه في كتاب المكاتب: أن على الأجنبي ما نقصها بكل حال، ولأشهب إن طاوعته فلا شيء عليه مما نقصها، وإن كانت بكرًا كالحرة.

قُلتُ: نوقض قولها: ولا يعتق عليه الولد إن ملكها بقولها آخر أمهات الأولاد إن كان للولد جارية لم تحل له أبدًا، وربما أخذ من عدم عتقها إباحة وطئها كقول عبد الملك، وجواب بعض المغاربة بأنه حكم بين حكمين لا يخفى على منصف سقوطه، ويفرق بينهما بأن تأثير مانع احتمال البنوة في حلية الوطء أخف من تأثيره في رفع العتق بالملك؛ لأنه في رفع حلية الوطء إنما يرفع بعض مقتضيات الملك، وهو الوطء؛ لأن مطلق الانتفاع بالمملوك من الاستخدام والإجارة والبيع وغير ذلك، وفي إيجاب العتق برفع مقتضات الملك كلها من الوطء ومطلق الانتفاع، ولا يلزم من إيجاب وصف ما مرا أخف إيجابه أمرا أشد.

ابن حارث: اتفقوا على منع إنكاح الراهن أمته الرهن، فإن نزل فقال ابن القاسم: لا يجوز النكاح إلا بإذن المرتهن.

أشهب: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويمنع الزوج من الوطء ما دامت رهنا، ولها صداق المثل إن فضل المسمى، وإن بنى بها بعلم المرتهن بطل رهنه، ولم يعجب يحيى بن عمر قولاهما، وقال: يفسخ ولو رضي المرتهن وبنى الزوج، وأنكر سَحنون قول أشهب بصداق المثل، قال: لأنه فاسد لعقده.

ابن حارث: لم يوجبه أشهب لسبب فساده؛ بل لحق المرتهن في نقص الأمة كالأمة تتزوج بغير إذن سيدها على زوجها الأكثر من المسمى أو مهر المثل.

سَحنون: إن كان سيدها موسرًا جاز النكاح؛ يعني: ويعجل الدين.

قال: وإن كان عديمًا رد النكاح.

وفيها: المرتهن بثمن الرهن لا يبيح له استقلاله ببيعه إن حل أجله.

الباجي: إن حل أجله ولم يقضه لم يكن له بيعه ورفعه للإمام.

قال مالك فيها: قال ابن القاسم في غيرها، فإن باعه رد بيعه.

قُلتُ: في أحكام ابن سهل ما حاصله: إن أبا الراهن من قضاء الحق وليس من الناض ففي سجنه حتى يبيع للقضاء، أو إن عجز عن حميل بالمال ليبيعه في أجل يضرب له ثانيًا يبيعها عليه الحاكم دون سجن ولا حميل لابن معاذ مع ابن غالب مع محمد وابن سهل مع نقله جواب ابن صالح.

اللخمي: فإن لد الراهن عن البيع أو غاب؛ فللسلطان، فإن لم يكن أو عسر تناوله بجماعة العدول يحضرهم لإشهاده فيما يبلغ ثمنه، وينفذ بيعه.

أشهب في الموازيَّة: إن شق تناوله فبيعه جائز إن كان بيعا صحيحًا، واستؤني بعذر فيما بينه وبين الراهن إن كان الرهن مما يسرع إليه الفساد، معناه: أو قضيا باعه من غير حاكم؛ لأن حبسه فساد.

ابن رُشْد في رسم الرهن وثيقة لمرتهنه: باق على ملك راهنه لا يجوز بيعه مرتهنه إلا بإذن ربه، فإن لد أو غاب رفعه السلطان فباعه بعد أن يثبت عنده الدين والرهن، وفي لزوم إثبات ملك الراهن الرهن، قولان يتخرجان على المذهب، وذلك عندي فيما يشبه أن يكون له، وما يشبه أن تكون كرهن الرجل حليا أو ثوبا لا يشبه لباسه، ولا تجره ورهن المرأة حلاسًا أو ثوبًا لا يجوز لباسها فلا بد فيه من إثباته ملكه للراهن.

قُلتُ: وفي أحكام ابن سهل: افتى ابن عتاب بعدم وقف بيعه على ثبوت ملكه، وخالفه غيره، ووافقه ابن عتاب في الرفع.

قُلتُ: فالأقوال أربعة.

ابن رُشْد: فإن عسر تناول السلطان باعه بحضرة العدول، ولا مقال لراهنه على مشتريه إلا أن يكون باعه بأقل من القيمة؛ فله أخذه منه بالثمن الذي اشتراه منه.

قُلتُ: ظاهره: ولو طاع المشتري بدفع تمام الثمن، وفي هذا الأصل خلاف؟ يذكر إن شاء الله تعالى في الوكالات.

ابن رُشْد: وهذا في العروض، وأما في العقار والأرضين؛ فله أخذها من المشتري بالثمن إن لم يبعها السلطان، وباعها المرتهن بحضرة العدول واستقصى الثمن وباع بالقيمة.

قُلتُ: ظاهر ما تقدم للخمي أن لا فرق بين الربع وغيره.

ابن رُشْد: وقال أشهب: إن كان الرهن مقتاتًا أو قضبًا أو ثمرًا يخشى فساده فبيع المرتهن جائز دون السلطان وجماعة العدول وهو تفسير لما تقدم وحمل بعض الثاني على أنه خلاف رواية ابن القاسم في المدَوَّنة وغيرها.

قلت في المجموعة: ذكر المازري قول أشهب رواية له، ومقتضى لفظ ابن الحاجب لفظ حمله على الخلاف.

الصقلي: إذا أمر الإمام ببيع الرهن، فإن كان يسير الثمن بيع في مجلس، وما كثر من الأيام وما كثر من ذلك بيع في أكثر حتى يشتهر ويسمع به كالجارية الفارهة والثوب الرفيع والدار والمنزل فربما ينادي على السلعة في الشهرين والثلاث، وكل شيء بقدره.

المازري: لو احتيج في بيع الرهن إلى السمسار ففي كون الرهن الآخر على مرتهنه أو راهنه رواية عيسى وأَصْبَغ عن ابن القاسم قولها، وكذا لو أبق العبد الرهن وافتقر بالإتيان به لجعل ففي كون ذلك على مرتهنه أو راهنه نقلا ابن سَحنون عنه وعن غيره نحوه للباجي والصقلي، والأول سماع عيسى ابن القاسم، والثاني: قول عيسى، ولم يعزه ابن رُشْد لأَصْبَغ.

قُلتُ: هل يفتقر بيع الإمام الرهن إلى بلوغه القيمة بعد انتهاء مدة النداء عليه، كما كان يفعله بعض قضاة الوقت ممن لا تحصيل له أم لا؟.

وظاهر الروايات عدمه، وهو مقتضى قول ابن محرز: ولو كسرت عروض المفلس وترجى لها أسواق بيعت عاجلًا، وهو ظاهر قول سَحنون في آخر ترجمة المحبوس في الدين يسأل أن يعطى حميلا.

قال سَحنون: يبيع الحاكم ضيعة المدين بالخيار، فإن لم يجد إلا ما أعطى باع، وانظر هل يفتقر لكونه أولاً ما يباع عليه كالدين في الدين على الغائب، والأظهر عدمه لتعلق حق المرتهن بعينه، وربما كان أيسر بيعًا مع أن راهنه كالملتزم بيعه بتركه، وقال: أعني نظر الإمام فيمن يجب أن يباع عليه في الدين لرهن وغيره، وفيه نظر من ظاهر ما يأتي لابن رُشْد خلافه.

وفي العتق الأول منها: وبيع السلطان بالمدينة على خيار ثلاثة أيام، فإن وجد من يزيده، وإلا فقد البيع.

ابن الحاجب: لا يستقل المرتهن بالبيع إلا بإذن بعد الأجل، ولا يضر اتحاد القابض والمقبض جواب عن سؤال مقدم مقدر تقديره، أن يقال: صحة توكيل الراهن المرتهن على بيع الرهن مشكل؛ لأنه يؤدي لصدق متباينين على ذات موضوع واحد وهو باطل، وبيانه إن أسلم القابض الفاعل من أقبض رباعيًا يستلزم مفعولاً هو فاعل في المعنى كاسم الفاعل من أقبضت زيدًا درهمًا فزيد مفعول هو فاعل في المعنى واسم الفاعل من قبض يقتضي مفعولاً ليس فاعلاً في المعنى كاسم الفاعل من قبضت درهمًا بدرهم مفعولاً ليس فاعلاً في المعنى فلازم الفعلين متباينين، وتباين اللازمين موجب لتباين الملزومين العوضين، فقابض ومقبض متباينان، فلو صح توكيل الراهن للمرتهن على بيع الرهن من البراءة من الدين للزم أن يصدق عليه مقبض من حيث مقام الراهن وقابض من حيث استحقاقه قبض ثمنه من دينه، وقد بينا تباينهما، فلزم صدق المتباينين على ذات واحدة وهو محال، فهذا الإشكال يصلح كونه متمسكًا لنقل المازري عن الشافعي منع كون المرتهن وكيلا على بيع الرهن، وتقرير قول ابن الحاجب، ولا يضر اتحاد القابض والمقبض أن يقال: إنما يصح يمتنع صدق المتبايعين على ذات موضوع واحد إذا كان ذلك باعتبار واحد، أما باعتبارين فلا كقولنا: زيد أب ليس بأب، باعتبار كونه أبًا لولد ذكر وأنه ليس بأب لولد أنثى، ومن فهم كلام الأشياخ من حد التناقض اتضح له فهم ما قررناه.

وقال ابن عبد السلام: كونه مطلقًا مقبضًا سابقًا على كونه قابضًا لنفسه إلا أن قبضه للرهن حسي، وقبضه نفسه حكمي بالبينة فقط، وهل السبقية بالزمن أو العلة فيه نظر، فإن كان بالزمن لم يضمن المرتهن إن ضاع بالبينة إثر قبضه من المشتري، وإن كانت السبقية بالعلية ضمنه، ولم أره لهم فتأمله.

قُلتُ: إنما التقدم المذكور بالزمان لا بالعلة لجواز انعقاد قبضه الرهن عن قبضه لنفسه باعتبار ذاتيهما.

وفي تقييده: نفي الضمان بالبينة نظر؛ لأنه في قبضهه للراهن وكيل، والقول قول الوكيل في دعوى التلف إن لم تقم بينة.

قال ابن رُشْد: ولو شرط المرتهن على الراهن في عقد البيع أنه موكل على بيعه دون

مؤامرة سلطان أو عند حلوله يقول له: أؤخرك لأجل كذا على رهن كذا وتوكلني على بيعه دون مؤامرة سلطان، ففي جوازه مع لزومه ومنع فسخ وكالته ومنعه ابتداء، وله عزله قولا إسماعيل القاضي، والقاضي دون غيرهم.

قُلتُ: عزا ابن زرقون الجواب لأشهب وابن نافع المنع، وللمدَوَّنة الكراهة، وحكى ابن رُشْد عن أشهب: أنه يجوز في العروض ويرد في الأصول فات أو لم يفت، فهذا قول ابن نافع.

ابن رُشْد: وعلى منعه إن باعها عزله، ففي مضيه جملة إن أصاب وجه البيع أو في العروض ويرد في الأصول ما لم تفت، ثالثها: ولو فاتت لهذا السماع مع روايتها، وقول ابن القاسم في هذا السماع، وأَصْبَغ وقول مالك في الثاني في هذا السماع وأشهب.

قُلتُ: حكاها اللخمي، وجعل في القول الثاني: الحيوان كالأصول، وقال: قول ابن القُصَّار أقيس.

ابن زرقون: ما لا بال له أو يخشى فساده يمضي قولاً واحدًا وما له بال ثلاثة أقوال:

في المدَوَّنة: يمضي.

قال في العتبيَّة، ولو لم يفت.

وفي العتبيَّة أيضًا لمالك: يرد ما لم يفت.

وفي الموازيَّة: إن فات لزم المرتهن الأكثر من الثمن أو القيمة، وتأويل ابن رُشْد على العتبيَّة يجوز في العروض، ويرد في الأصول غير بين.

ابن رُشْد: وعلى الأول إن باع بأقل من القيمة فلراهنه أخذه من مشتريه بالثمن، فإن تداولته الأملاك فله أخذه بأي الأثمان شاء، كالشفعة فيما تداولته الأملاك، وعلى الثاني: فوتها بحوالة الأسواق فما فوقها.

الصقلي: اختصار اختلافهم اتفاق ابن القاسم ومالك في مضي بيعه في التافه، واختلف قولهما فيما له بال هل يمضي أو يرد ما لم يفت، وروى أشهب أنه يمضي فيما يخشى فساده، ويرد فيما لا يخشى فساده.

ابن رُشْد: وقول أشهب أنه مردود في الأصول، ولو فاتت؛ لأنه قال: إن فاتت

ضمنها بائعها؛ ومعناه: أن للراهن أخذها على أي حال وجدها بالثمن الذي بيعت به، والدرك فيه على المرتهن مثل أن يجد الدار بيد المشتري، مهدومة قيمتها خمسون واشتراها قائمة بمائة فيدفعها لمشتريها، ويرجع بخمسين على البائع.

قُلتُ: انظر قوله: ويرجع بخمسين على البائع، وهو إنما أخذها في دينه على الراهن، فإن أخذها الراهن منه رجع بها عليه في تمام دينه إلا أن يجعله ضامنًا لها لتعديه.

قال ابن رُشْد: وإن وجدها بيد من اشتراها من المشتري بأكثر من الثمن الذي اشتراها به الأول من المرتهن أخذها منه بالثمن الأول، ورجع هو بتمام ثمنه على من اشتراها منه، وهذا الاختلاف في توكيل الراهن للمرتهن؛ لأنها وكالة اضطرار لحاجة لابتياع ما اشترى أو استقراضه أو تأخيره؛ ولأن الرهن لا يباع إلا إذا ألد في رهنه أو غاب ولم يوجد له ما يقضي منه دينه، فيحتاج إلى البحث عن ذلك، وعن قرب غيبته عن بعدها، ولا يفعل ذلك إلا الحاكم، فأشبه حكمه على الغائب.

قُلتُ: ظاهر حصره ما يتوقف عليه بيع الرهن فيما ذكر أنه لا يتوقف على كونه أولا مما يباع عليه، ولا بلوغه قيمته.

قال ابن رُشْد: ولو طاع الراهن للمرتهن بعد البيع وقبل حلول الأجل بأن رهنه رهنًا، ووكله على بيعه عند حلول الأجل دون مؤامرة حاكم جاز اتفاقًا؛ لأنه معروف منه، ونقله المتيطي وغيره، وفيه نظر؛ لأنه شبه هدية مديان، وقد منعوا بيع طعام بثمن مؤجل على تصديق البائع في كيله، وسوى اللخمي: بين شرط توكيل المرتهن، والعدل وهو نصها، وكذلك شرط توكيل غيرهما وهو الواقع في عصرنا وساق ابن رُشْد الكلام فيه في المرتهن فقط وسوى أيضًا بين شرطه في عقد البيع والقرض.

وقال المتيطي: اختلف إن شرطه في عقد القرض فأجازه ابن العطار ومنعه ابن الفخار، وقال: هو سلف جر نفعًا لانتفاعه بشرط مئونة ما يتوصل به للبيع، وانظر لو طاع الراهن بتوكيل المرتهن أو العدل أو غيرهما بعد العقد، هل هو كطوعه بعد العقد بالرهن مع التوكيل على بيعه؛ لأنه معروف أولا؛ لأن تقدم شرط الرهن في العقد يضعف كونه معروفًا، وربما يكتبونه بعد العقد تحليلاً، وقول ابن الحاجب: إن أذن قبله فباع رد ما لم يفت، وقيل: يمضي، وقيل: في التافه، وقيل: إن عسر الوصول إلى الحاكم،

ويستقل الأمين إن أذن له قبل الأجل وبعده ما لم يكن في العقد شرط خلاف ما تقدم لابن رُشْد وغيره أن طوعه بعد العقد بالرهن والتوكيل جائز اتفاقًا، ومجرد الطوع بالتوكيل فقط لا نص فيه لهم، وما ذكره من الخلاف في مضي البيع، ورده إنما ذكروه في شرطه في العقد وأنه في عسر الوصول للحاكم متفق عليه.

وقول ابن الحاجب: (ويستقل الأمين... إلخ) صواب؛ لأنه محض توكيل سالم عن توهم كون الراهن فيه مكرهًا.

وقول ابن عبد السلام ظاهر قوله: ما لم يكن في العقد بشرط نقض لقوله: أن ذلك بيد الأمين؛ لأن قوله: (إن أذن له قبل الأجل) يتناول ما كان في أصل المبيع، يرد بأنه إن أراد بكونه نقضا نقض التناقض في الكلام الموجب لفساده فليس كذلك، وإن أراد النقض الكائن في الكلام ذي الاستثناء المتصل، فلا تعقب فيه؛ ولذا تلقاه ابن هارون بالقبول.

وقال ابن شاس: إن أذن الراهن للعدل وقت الرهن في البيع عند الأجل جاز، ولو قال لمن على يده الرهن من مرتهن أو عدل إن لم آت إلى أجل كذا فبعه لم يبعه إلا بأمر الحاكم، وإن باعه بغير أمره نفذ فجعل شرطه بعدم إتيانه موجبًا لوقف بيعه على أمر السلطان؛ لأنه لا تثبت غيبته إلا عند الحاكم.

والنفقة على الرهن الواجبة على الراهن قبل رهنه باقية بعده فيها، كفن العبد الرهن إن مات ودفنه على راهنه.

وفيها: إن أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره رجع بما أنفق عليه، ولا يكون ما أنفق في الرهن إن أنفق بأمره؛ لأنه سلف، بخلاف المنفق على الضالة هو أحق بها من الغرماء حتى يستوفي نفقته؛ إذ لا يقدر على ردها، ولا بد من النفقة عليها، والمرتهن يأخذ راهنه بنفقته، فإن غاب رفع ذلك للإمام.

اللخمي عن أشهب: النفقة على الرهن كالضالة، وقال محمد بن مسلمة: النفقة على العبد الرهن مبداة على الدين كإجارة الأجير، على سقي زرع الأجير مبدا وهو أقيس، ويتبع ذمة الراهن بخلاف الضالة؛ لأن رضاه بوقفه إلى الأجل رضىً بالإنفاق عليه، ويجبر عليه، وفي اتباع المرتهن الراهن بما أنفقه على الرهن في غيبة راهنه، زائدًا على ثمنها

قولا بعض الفقهاء محتجًا بأن غيبته مع علمه بالحاجة إلى النفقة عليه كالإذن في ذلك، والصقلي: محتجًا بأنه ليس له أن يعمر ذمته بما لم يأذن له فيه، وحقه بعد بلوغ نفقته ثمنه أن يرفع ذلك للإمام ليبيعه، وقيد الأول بقوله: يريد: إن كان حين النفقة عليه مليًا، وإن كان عديمًا نظر الإمام إن كان بيعه خيرًا له باعه، ويحتمل المرتهن دينه.

وفيها: لو قال: أنفق والرهن فيما أنفقت رهن، فهو بها رهن، ولو قال: ونفقتك في الرهن ففي كون فائدة حبسه عن ربه في النفقة لا أنه رهن بها، قول ابن شبلون: أخذها بظاهرها، والصقلي عن بعض القرويين: متأولاً عليه المدَوَّنة منكرًا قول ابن شبلون، قائلاً: وقعت المسألة في المجموعة والموازيَّة على ما فسرت، ولفظها في الكتابين لابن القاسم: إن أنفق عليه بإذن ربه أو بغيره فهو سلف لا يكون في الرهن إلا أن يشترط أنه رهن في النفقة، إلا أن له حبسه بما أنفق، ودينه إلا أن يكون على الراهن دين فلا يكون أولى بما فضل عن دينه إلا أن يشترط أن ذلك رهن في النفقة.

قُلتُ: حاصل ما ذكره عن الكتابين أنه لا يكون رهنًا إلا أن يشترط أن ذلك رهن في النفقة، وليس هذا محل الخلاف مع ابن الماجِشُون، ونقل المازري ما في الكتابين بزيادة نصها، أو يقول له: أنفق ونفقتك في الرهن، فيكون أحق به من الغرماء، وهذه الزيادة إن صحت حجة على ابن شبلون، وقد يؤخذ من آخر نقل الصقلي عن الكتابين إن قال له الإمام في غيبة الراهن: أنفق على أن نفقتك فيه، كان أحق به من الغرماء، وذكر ابن عبد السلام هذه الزيادة من كلام بعض الشُيُوخ، فظاهره أنها ليست رواية، ورد عبد الحق قول ابن شبلون بقولها في الوكالات فيمن أمر غيره أن يشتري له وينقد عنه، ويحبسه حتى ينقده الثمن: أنه رهن، وقوله: أحبسه ونفقته في الرهن سواء.

قُلتُ: لفظ احبسه أقرب لمعنى الرهن، ولو تهدر بين الثمرة الرهن، ففي وجوب إصلاحها الراهن لتمام الثمرة نقلا الباجي عن ابن القاسم في المختصر، وعنها عزا ابن رُشْد الأول لسماعه يحيى فقط، وقال: هو خلاف قولها: إن أبى أن يصلحها فللمرتهن إصلاحها ليحيي رهنه، ولا يرجع بنفقته على الراهن، وتكون في الرهن مبداة على الدين، فإن لم يكن في الرهن إلا قدرها تبع الراهن بدينه، وإن قصر الرهن عنها لم يتبع الراهن بتمامها، وقال أشهب: هو أولى بماء البئر حتى يعطيه بقية نفقته، ولا شيء على المرتهن فيما

انتفع بمائها؛ لأنه كان ضامنا له بنفقته لو ذهب ماؤها فقول ابن القاسم فيها خلاف سماع يحيى: أنه يلزمه إن كان ذا مال، وعليه إن طاع المرتهن بإصلاحها فلم يف الرهن بإصلاحها تبع الراهن بما بقي من نفقته مع دينه، ويحتمل أن يحمل هذا السماع على الرهن المشترط في أصل المبيع أو السلف، وما فيها على ما تطوع به بعد العقد فيتفقان.

وفيها: إن خاف الراهن هلاك الرهن ولم ينفق عليه المرتهن فأخذ من أجنبي مالاً أنفقه فيه، فالأجنبي أحق بمبلغ النفقة من ثمن الزرع، وما فضل فللمرتهن.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه القرويين: إنما يكون الأجنبي أحق بذلك إن قال: أنفقه في هذا الزرع ويكون لك رهنًا ولم يقل له ذلك، وإنما قال له: أنفقه عليه لم يكن أحق بذلك؛ لأنه سلف في ذمة.

ابن عبد السلام: ظاهره يكون حائزًا للثمرة لا أجنبي مسلف النفقة، قال: وهذا صحيح إن لم تكن الثمرة مشترطة في ارتهان المرتهن.

قُلتُ: هذا التقرير خلاف نصها إن خاف الراهن هلاك الرهن، قال: وإن كانت مشترطة فتعقبه بما حاصله أنه يلزم أن يكون المرتهن حائزًا لنفسه وغيره ما هو رهن لكل منهما على وجه الاستقلال دون شركة، وذلك لا يصح، ولعدم صحته منع فيها صحة حوز الوصي ما ارتهنه من مال يتيمه، ويرد بمنع كونه رهنًا لهما على سبيل التسوية في التسليط عليه بحكم الرهن ضرورة تبدية على الأجنبي في هذا الرهن على دين المرتهن، وذلك يوجب كون المرتهن فيه كمرتهن فضلة الراهن وضع الرهن المرتهن فضلته على دين هو فيه رهن بيده مرتهن فضلته لا خفاء في صحته وجريه على الأصول فتأمله.

قُلتُ: وفي قبول عبد الحق والصقلي تقييد المدَوَّنة بقوله إن قال له: ويكون لك رهنًا، وإلا لم يكن أحق به نظر لسماع ابن القاسم من ارتهن زرعًا فعجز عنه صاحبه فقال: زدني مالاً أصلح به زرعي فأبى، فأخذ مالا من غيره فأصلح به زرعه حتى انتعش، قال: يبدأ المسلف على المرتهن الأول في الزرع حتى يتسوفي حقه.

ابن رُشْد: هذا نص الرهون من المدَوَّنة؛ ومعناه: إن أذن المرتهن في ذلك للراهن، وروى محمد: أن الأول مبدى، ثم الثاني: وجه الأول أن المرتهن بإذنه في ذلك للراهن رضي بتبديته عليه، وصار حائزًا له، ووجه الثاني أن المرتهن الأول حاز الزرع لنفسه فلا

يخرج قدر دينه عن يده ويكون فيه حائزا لغيره وإلا قبض وحبسه في ذلك؛ لأنه بإذنه حائز للثاني ما فضل عن حقه، ولو لم يأذن فيه لوجب أن يكون الثاني أسوة الغرماء فيما فضل عن حق المرتهن الأول.

قُلتُ: فظاهر السماع عدم الافتقار إلى نص الراهن على أن الزرع فيما تسلفه لإحيائه رهن خلاف قول عبد الحق والصقلي، وظاهر كلامهم عدم الافتقار إلى إذن المرتهن خلاف قول ابن رُشْد، فاعلم ذلك، ونحو ذلك سماع ابن أبي زيد ابن القاسم رهن عبد شرط راهنه أنه مبدى في ثمنه على ما رهنه فيه بمائة، بمائة باطل.

ابن رُشْد: روى محمد: هو على شرطه، ولغو مائة مائة وما بعدها رهن.

قُلتُ: ظاهره: أن للمرتهن الدخول مع الغرماء في المائة المبدأة بما يبقى له من دينه بعد رهنه، وقال المازري في ظاهر قول مالك: عدم دخوله بذلك معهم، وفيه نظر، قال: وإبطال ابن القاسم هذا الرهن؛ لأن الشرط وقع في رهنه بخلاف فضل رهنة الرهن بعد عقده وحوزه وهو مما ينظر فيه.

ضمان الرهن الذي لا يغاب عليه، المعروف من ربه ما لم يتهم مرتهنه:

ابن حارث: اتفقوا أن ضمان الحيوان الرهن من ربه اتفاقًا.

المازري: هذا معروف المذهب، وخرج بعضهم ضمانه على رواية ضمانه محبوسًا بثمنه ورده بعض أشياخي بأن ضمانه محبوسًا ليس رهن بثمنه؛ لاحتمال كونه على رواية شرط مضي زمان إمكان قبض المبيع مع عقده في ضمانه في العقد المحبس مانع من تمكن قبضه، وخرجه بعضهم من قول شركتها: إن استعار أحد الشريكين دابة لحمل شيء من مال الشركة بغير أذن شريكه فتلفت، لا ضمان على الشريك غير المعير.

قُلتُ: ونحوه قول اللخمي: وعلى ضمان الحيوان في العارية يضمن في الرهن.

المازري: وأجيب بأنه بيان لحكم الشركة أن حكم الحاكم بضمانه؛ لأنه بيان لحكم ضمان المستعار.

قُلتُ: أو بيان لحكم الضمان بالتعدي، ويكون قول الغير فيها تفسيرًا.

قال: ويستغني عن هذا التخريج بنقل أبي الفرج عن ابن القاسم: من ارتهن عبدًا تلف نصفه فتلف ضمن نصفه فقط.

قُلتُ: وأشار إلى تخريجه من قول أشهب بضمان ما هلك ببينة فيما يغاب عليه.

الباجي: إن ادعى المرتهن إتلاف الرهن وإباق العبد وهروب الحيوان؛ لم يضمن حتى يتبين كذبه، مثل قول أشهب: إن زعم انفلات الدابة، وأن العبد كابره بحضرة ناس عدول لم يثبت قوله، وإن ادعى موت الدابة ففيها لمالك: يصدق إلا أن يظهر كذبه لدعواه بموضع لا يعلم أهله موتها، ولو قالوا: ماتت دابة لا نعلم لمن هي، ففي المجموعة إن وصفوها أو لم يصفوها قبل قوله.

قُلتُ: تقدم هذا في دعوى المبتاع هلاك المبيع على خيار وكلام ابن رُشْد في ذلك.

الصقلي: في يمين المرتهن في ضياع ما يغاب عليه نقلا بعض شُيُوخنا، قال: وأحب إلينا أن يحلف المتهم لقد ضاع وما فرطت، وما تعديت ويحلف غير المتهم ما فرطت ولا ضيعت، لا على الضياع؛ لأنه يصدق فيه.

عياض: اختلف فيه المتأخرون، قيل: يحلف بكل حال بخلاف المودع، المختلف فيه، وقيل: كالمودع يختلف فيه على الأقوال الثلاثة المعلومة.

وما لا يغاب عليه في سلمها الثاني، كالحيوان أو الدور والأرضين، والثمر في رؤوس النخل، والزرع الذي لم يحصد.

اللخمي: وهو عام في الحيوان على اختلاف أنواعه من شاة أو طير، وأرى أن يضمن ما يستخفى ذبحه، وأكله.

قال: وما كان في الأندر والجرين كالزرع؛ لأن المرتهن يغيب عليه بالليل، وهو فوائد الناس ومنه السفن ولو صغرت ترتهن على ساحل البحر، وكذا مرساها وصاريها إن كان على بقائه بموضعها، وكذا أعدال الكتان في قاعة الفدادين والطعام والزيت بدار راهنه، وبان المرتهن بمفتاحه أو طبع عليه، وكذا إن كان بغير دار الراهن، وإن كان مفتاحه بيده لا أن يعلم أنه يتصرف إليه، ويفتحه فينظر هل يشبه أن يكون أخذ ذلك في تكرره إليه، وإغلاق الربع مثل الربع، ويصدق أنه لم يجز في ذلك، ويحلف إن كان متهما.

وما يغاب عليه بيد أمين من راهنه، وما بيد مرتهنه منه ما لم تقم بالبينة:

ابن حارث: اتفاقًا، ولو ادعى الراهن تغييب المرتهن الرهن، فقال العتبي: لا يمين عليه إلا أن يدعي علم ذلك، وأنه أخبره بذلك من وثق به، فإن حلف حلف له المرتهن

تغيب المرتهن الرهن.

وقال ابن مزين: يحلف لقد ضاع، وما دلس فيه، ولا يعلم له موضعًا، وأنكر قول العتبي، وقال: يمين توجب يمينًا، هذا لا يكون وأجابه العُتْبِيّ بأن اللعان اليمين، توجب فيه يمينًا.

ابن حارث: إن كان المرتهن ممن يتهم بذلك حلف، وإلا كدعوى الغصب والتهمة بالخطة في توجه اليمين.

عياض: اختلف في قدرها شُيُوخنا، ومتأخروهم، وعلى قول ابن مزين حمل بعض الشُيُوخ ظاهر المدَوَّنة، وبه أفتى إسحاق بن إبراهيم ونحو قول العُتْبِيّ لمالك في هذا الأصل، وقاله ابن لبابة الأكبر، ولو قامت بينة على تلفه ففي سقوط ضمانه روايتا ابن القاسم مع قوله وأشهب، وعزا الصقلي الأول أيضًا لعبد الله وأَصْبَغ، وعلل أشهب قوله بقوله؛ لأن الأصل في ذلك الضمان، وعليه أخذه.

ابن شاس: للقولين بناء على أن الضمان للتهمة، ولدخوله عليه، وتبعه ابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: أخذه لأشهب من قوله في شرط نفي ضمانه جلي، ويبعد ذلك في حمل المرتهن بنفي الضمان، وإنما حمل الناس على أشهب أن الضمان عنده ضمان أصالة.

قُلتُ: ينتفي التعقب على ابن الحاجب وابن شاس.

الصقلي: قول أشهب أصل ذلك الضمان، وعليه أخذه إلا أن يجعل الضمير في عليه عائدًا على أصل لا على الضمان، وفي ضمانه الساج بأكل السوس قولا ابن وَهْب، ورواية يحيى مع حلفه ما ضيعت ولا أردت فسادًا، وعزاه الباجي لسماع عيسى رواية ابن القاسم بناء على وجوب نفضه وتفقده وسقوطه.

اللخمي: القياس سقوطه إلا أن تكون عادة.

قُلتُ: في تضمين الصناع منها: ويضمن القُصَّار قرض الفأر؛ إذ لا يعرف، ولو عرف أن الفأر قرضه من غير تضييع، وقامت بذلك بينة لم يضمن.

ابن رُشْد في سماع محمد بن خالد في تضمين الصناع، انظر على القول إن ثبت أنه قرض فأر، فلا ضمان عليه حتى يثبت تسببه فيه بتضييع أهل إذا وقع في بيته النار، وتحريق

الثوب يحترق، فلا ضمان عليه حتى يثبت أن النار من سببه؛ لأن العادة أنه يبادر بيته ليصدق في أمتعة الناس أو يفرق أن فساد الثوب قد علم أنه من قرض الفأر والنار وهو يقدر على علمها، والأشبه أنه لا فرق بينهما.

اللخمي: سوس الخشب من الراهن؛ لأنه لا ينفعه التفقد.

الباجي: ومثل قيام البينة رواية ابن القاسم في المجموعة؛ أن رهنه رهنًا في مركب فغرق أو احترق منزله أو أخذه اللصوص بمعاينة البينة في كل ذلك، وإن جاء بالرهن محترقا لم يصدق إلا ببينة أن يكون ذلك مغروفا من احتراق منزله أو حانوته، فيأتي ببعض ذلك محترقًا فيصدق، رواه ابن حبيب عن أَصْبَغ عن ابن القاسم.

الباجي: إن لم يعلم سببه ضمنه، وإن علم سببه كاحتراق منزله، فإن ثبت أن الثوب كان فيما احترق صدق اتفاقًا، ولو لم يأت ببعضه.

ابن زرقون: قال محمد: ويعلم أن النار ليست من سببه.

الباجي: وإن لم يثبت أن ذلك كان فيما احترق، فإن أتى ببعضه محرقًا صدق، وإن كان في حانوته الذي احترق وإن لم يأت بشيء منه وادعى حرق جميعه فظاهر المسألة لا يصدق وعندي أنه إن كان مما جرت العادة بدفع الرهن في الحوانيت التي يكون متعديًا بنقله عنها، فأرى أن يصدق في احتراق ذلك فيما عرف من احتراق حانوته، وبه أفتيت في طرطوشة عند احتراق أسواقها، وكثر الخصومات وظني أن بعض الطلبة أظهر لي رواية على ابن أيمن بمثل ذلك.

وفي العتبيَّة لعيسى عن ابن القاسم عن مالك: بالمرتهن يأتي بالساج تآكل من السوس لا ضمان عليه يحلف ما ضيعه، وفي لغو شرط المرتهن سقوط ضمانه وأعماله نقل اللخمي عن ابن القاسم مع مالك وأشهب، وصوبه قال: وهذا إن كان في عقد البيع أو القرض، وإن كان بعدهما اعتبر؛ لأن طوعه بالرهن معروف، وإسقاط الضمان معروفًا كان كالعارية بسقوط الضمان يعتبر اتفاقًا من ابن القاسم وأشهب وفي المذاكرات قولاهما في شرط سقوطه مناقض لعلتي لقوليهما في هلاكه ببينة؛ لأن ما بالتهمة سقوطه بالشرط واضح لعدم مناقضته إياها، وما بالأصالة شرط سقوطه يناقضه، ويجاب عن الأول بأن الشرط موجب لتقوية علة الضمان وهي التهمة، فإيجابها كذلك، وعن الثاني بأن الشرط

مناقض لمقتضى الأصل برفعه كناسخ في سماع القرينين في تضمين الصناع لو اشترط المعير أو الراهن ضمان ما لا يغاب عليه من الحيوان بشرط باطل من غير تفصيل، قاله مالك وكل أصحابه حاشى مُطَرِّف.

قال: إن شرط لأمر خافه من لصوص أو شبهه شرطه ذلك لازم إن عطب فيما خافه، وقال أَصْبَغ: لا شيء عليه في الوجهين، كقول مالك وأصحابه.

اللخمي عن ابن القاسم: إن شرط ضمان الحيوان بفضل شرطه، ويجري فيها ضمانه؛ لأنه يختلف في ضمانه من غير شرط، فالشرط أخذ بأحد القولين، وتخريج بعضهم ضمان ما لا يغاب عليه يرد بأنه في السقوط موافق لأصل ابن القاسم براءة الذمة حين العقد.

وفيها: إن استعرت دابة على أنها مضمونة، ورهنته بها فهي من ربها أو الرهن فيها لا يجوز، فإن ضاع ضمنه إذ لم يأخذه على الأمانة.

الصقلي: عن أشهب في المجموعة: لو وجب ضمانه بتعد أو شبهه، فقال مرة: الرهن بها، ومرة لا تكون بها رهنًا.

وفيها: من ارتهن نصف ثوب فقبض جميعه فهلك عنده لم يضمن إلا نصفه كمعط لغريم دينارًا له نصفه ويرد ما بقي فضمان نصفه من معطيه وهو في النصف الآخر أمين ولا يمين عليه إلا أن يتهم تعقبه.

ابن عبد السلام وغيره: بأن ضمانه نصفه إنما هو بالتهمة، فإن صح تأثيره ضمنه أجمع لاستحالة خيانته في نصفه مشاعا دون باقيها، وإن بطل تأثيرها لم يضمن منه شيئًا، وبه يبطل قياسه؛ لأن نصف الدينار إنما ضمنه باقتضائه، وإنما يتم القياس على أصل أشهب أن الضمان أصالة، ويجاب بأن تهمته؛ إنما هي مؤثرة فيما قبضه رهنًا، وهذا الوصف إنما هو في نصفه فقط، كما لو دفع له ثوبين أحدهما رهن، والآخر وديعة، فادعى تلفهما.

وفيها: من ارتهن ثوبًا فاستحق نصفه وترك المستحق نصفه بيد المرتهن، وضاع لم يضمن المرتهن إلا نصف قيمة الرهن.

قُلتُ: لثبوت نقيض وضع نصفه بمعنى الرهن وهو وضعه بمعنى الأمانة من

المستحق المرتهن ربه يجاب عن توهم مناقضتها بقولها يبقى ضمان الرهن بعد قضاء ما كان به رهنًا أو بيان سقوطه من أصله.

وفيها: إن هلك الرهن بتعد غير المرتهن ضمنه ربه وتبع المتعدي، فإن غرم قيمة ما حط فيه إن أتى الراهن برهن ثقة مكان الأول أخذ القيمة، وإلا كانت رهنًا.

الصقلي عن الموازيَّة، وظاهره لأشهب: إن كان ما غرمه المتعدي كصفة الدين، عجل للمرتهن؛ لأن وقفه لأجل ضرر.

الصقلي: ابن القاسم يرى في مثل هذا وقف الثمن لعل الراهن يأتي بمثل ذلك الرهن، ولو أيسر من ذلك لم يكن في وصفه.

قُلتُ: نص في النوادر على غرر التعجيل لمحمد، وأشهب قال: وقال ابن القاسم: إن جاء ربه برهن مثله أو لا فيه ثقة من الحق أخذ القيمة.

قُلتُ: ظاهر عطف قوله أو بما فيه ثقة أنه لا يشترط كونه من صنفه خلاف ما تقدم في مسألة بيع الرهن بإذن المرتهن.

وفي سلمها الثاني: تجوز مقاصة المرتهن فيمن ضمنه من رهن بما له على راهنه من سلم غير طعام، ما لم يكن الرهن من دنانير فلا خير فيه إلا أن يكون رأس المال السلم غير عين.

الباجي: شرطها جواز أخذ الرهن من رأس المال، والسلم فيه إن فقد أحدهما بطلت ككون الرهن دنانير ورأس المال دراهم، وكونها دنانير، والرهن أكثر، ولو كان قدره فأقل جاز، وإن كان الرهن عرضا من جنس ما أسلم فيه أقل أو أكثر أو أدنى أو أجود بطلت قبل الأجل فما بعده، وإن تساويا جازت مطلقًا، وإن كان من جنس رأس المال لم تجز أجود أو أكثر أو بعكسها، ولو حل الأجل، وإن كان مثلها جازت، ولو كان رأس المال عرضًا، والرهن عرض من غير جنسه.

فقال ابن بشير: يجوز بعد معرفة قيمة الرهن، وهذا أصل فيه تنازع، وهل يراعى قيمة الرهن إن كان رأس المال عينًا.

قال ابن بشير: إن كانت قيمته أكثر من رأس المال امتنعت، وإن كانت مثله فأقل جازت وأنكره غيره من أصحابنا؛ لأنه إن كان الرهن باقيًا فلا خلاف في جواز سلف

دنانير فيه، وإن كان تلف لزمت القيمة.

وفيها: إن أقر الراهن بجناية الرهن بعد رهنه ففداه أو أبى كان عديمًا بقي رهنًا، فإن حل الأجل والراهن مليٌّ أجبر على قضاء الدين تسليم الرهن في الجناية، وإن كان عديمًا فالرهن أحق به.

قُلتُ: انظر لو أبى من فدائه أولاً وهو ملي، ثم أراده حين الأجل، ونازعه المجني عليه، فالأظهر أن ليس له ذلك؛ لأنه لو مات كان من المجني عليه.

الصقلي: لو أقر بذلك قبل رهنه، فإن رضي بافتدائه بقي رهنًا، وإن أبى وقال: لم أرض تحمل الجناية وحلف على ذلك أجبر على إسلامه، وتعجيل الدين كمن أعتق وأقر أنه لغيره، والدين مما يعجل، وإن كان عرضًا من بيع ولم يرض من له تعجيله لم يجز إقراره على المرتهن كما لو كان معسرًا، والدين مما يعجل، وإن كان عرضًا من بيع ولم يرض من له تعجيله لم يجز إقراره على المرتهن كما لو كان معسرًا، والدين مما يعجل، وللمجني إغرامه قيمته يوم رهنه لتعديه عليه برهنه والتعريض حتى يحل الأجل، فيباع ويتبعونه بثمنه.

وفيها: إن ثبتت جنابة الرهن وفداه ربه بقي رهنًا، وإن أسلمه فلمرتهنه إسلامه فإن فداه ففداؤه في رقبته مبدى على الدين لا يباع حتى يحل الأجل وليس له فداؤه من مال العبد إلا بإذن ربه.

الصقلي عن بعض القرويين: ونفقته في بقائه للأجل على راهنه كما كانت عليه.

وفي الموازيَّة: لمرتهنه فداؤه ملكًا له بزيادة دراهم على أن شرطه يسقط من دينه ويتبع الراهن ببقيته لأجله، فإن فداه بأرشه فقط كان رهنًا به مع الدين على أن الأرش في رقبته إن مات لم يتبع راهنه بشيء من أرشه، فإن كان للعبد مال لم يكن لمرتهنه فداؤه منه بغير إذن ربه، فإن أبا فداءه المرتهن ففي كون ماله رهنًا بالأرش لا بالدين ورقبته رهنًا بهما، أو كرقبة، ثالثها: لا بواحدة منهما، لروايات محمد قائلاً بالأخير أخذ ابن القاسم، وابن عبد الحَكم، وبالثانية أصحاب مالك وهو الصواب؛ لأنه بفدائه حل محل المجني عليه.

قُلتُ: والأولى بناء على إعطاء حكم نفسه، وعليها نقل المازري وغيره في تمكينه بفدائه بيعه قبل أجله وعدمه قولا سَحنون، والأكثر، والثانية بناءً على ما به الأولى مع جهل إيجاب الرهنية المطلقة عدم ماله غير رهن كاستحقاق مال عبدٍ اشتري بماله لا يقال

لمشتريه.

محمد: إن بيع بماله فأقل مما فداه به، لم يكن ما نقصه على سيده؛ إنما عليه الدين الأول، وما فضل بعد الأرش كان للدين الأول إلا أن يكون عليه غرماء أخر، فيدخلون معه فيما زاد ماله في ثمنه بعد الجناية إن زاد مثل نصف ثمنه فما فضل بعد الأرش نصفه للمال ونصفه للرقبة فما للرقبة للمرتهن، وما للمال لغرمائه يدخل معهم المرتهن بما بقي له إن بقي له شيء، وكذا إن زاد المال فيه الثلث أو الربع.

الصقلي: تفسيره جعل تفسير العبد دون ماله خمسين، وبه مائة نصفها للمال، ونصفها للرقبة، وتجعل الجناية أربعين يبدأ بها من ثمنه تفضل ستون نصفها للرقبة المرتهن أحق بها، تبقى ثلاثون حصة المال للغرماء يحاصهم فيها المرتهن بما بقي عليه إن بقي عليه شيء، ولو فداه بإذن ربه ففي كونه رهنًا فيما فداه به مع دينه مطلقًا، وإن نص على كونه رهنًا بالفداء نقلا الشَّيخ عن الموازيَّة قول ابن القاسم مع مالك ومحمد مع أشهب.

التونسي: خالف ابن القاسم وأشهب قوليهما فيمن أمر من يشتري له سلعة وينقد ثمنها عنه.

قال ابن القاسم: لا تكون بيد المأمور رهنا فيمن دفع، وقال أشهب: متى رهن له فأجل ابن القاسم في الجناية الدافع محل المدفوع له، وعكس أشهب ويجاب لابن القاسم بأن الدافع في الجناية محل مرتهن، فاستصحب عليه حكم وصفه، ولأشهب يتقدم اختصاص الراهن بمال العبد قبل جنايته، فاستصحب وعدم تقدم اختصاص الأمر بالسلعة قبل الشراء، وسمع عيسى ابن القاسم أرش جرح العبد الرهن رهن.

ابن رُشْد: اتفاقا؛ لأنه عوض بعضه وما يجب فيه من دية لا تنقص قيمته كالمأمومة والمنقلة لراهنه، إلا أن ينقصه.

الشَّيخ: لأشهب في المجموعة: إن قتل الرهن عبدًا لربه لم يقتله إلا إن عجل دين المرتهن وعكسه إن عفا عن قاتله فلا حق فيه لمرتهن القتيل، وإن قتل العبد الرهن عبد أجنبي، فإن اتفق مرتهنه وراهنه على قتله قتل وإلا فلا، وخير ربه في إسلامه وفدائه بقيمة القتيل يكون ذلك رهنا، وكل جزء من الرهن رهن بكل جزء من الدين الذي

رهن فيه بمعنى الكلية فيهما، لا بمعنى التوزيع إن اتحد ملك الدين، وإن تعدد ولا شركة بينهم فيه على التوزيع فيها من رهن امرأته رهنا بكل المهر قبل البناء، ثم طلقها قبله لم يكن له أخذ نصف الرهن، والرهن أجمع رهن بنصف كمن قضى بعض الدين.

وفيها: من رهن دارًا من رجلين صفقة واحدة في دين لهما ولا شركة بينهما فقضى أحدهما كل حقه أخذ حصته من الدار.

وفيها: من ارتهن دابة أو دارًا أو ثيابًا فاستحق نصف ذلك من مرتهنه بقي نصفه رهنا بكل حقه، فإن شاء المستحق بيعه.

قيل: للراهن والمرتهن بيعا معه، وللمرتهن لا تسلم رهنك ويباع وهو بيدك، ويبقى حظ الراهن من الثمن رهنا بيد المرتهن بكل حقه.

اللخمي: لأشهب في الموازيَّة أن بيع بمثل الدين عجل للمرتهن في دينه؛ إذ لا يقع في وقفه إلا أن يأتي برهن، ويقول: أتى به في المستقبل.

الصقلي عنه: لو بيع بدنانير والدين دراهم أو بالعكس لم يعجل، ونقل الباجي: وزاد أن يبيع بقمح، وحق المرتهن صفة وجوده.

فقال محمد: يتعجل حقه، ولأشهب في العتبيَّة بشيء من الطعام أو الإدام والشراب استحسن تعجيله، وإن أبى رب الحق، وكذا كل مكيل أو موزون ونحوهما، وقال سَحنون في موضع آخر: إلا أن يكون آخر حقه من بيع فله أن يتعجله؛ لأنه لا يجبر على تعجيله بخلاف العتق، ولأشهب في العتبيَّة لو بيع بعرض مثل حقه لم يتعجله إلا برضا الراهن؛ لأن المماثلة لا تكاد تصح.

اللخمي: لو طلب المستحق وضعه على يديه أو يد أجنبي، والراهن غائب لم يكن للمرتهن ذلك، ونظر الحاكم، فإن وقفه عبد غير المرتهن لم يضمنه، ولو ادعى مرتهنه ضياعه قبل استحقاق نصفه ففي ضمانه حظ المستحق، قولا ابن القاسم وغيره، قال: ويحلف لقد ضاع.

اللخمي: إن كان الرهن بدينين قبضا أحدهما أو ثمن عبدين، استحق أحدهما أو رد بعيب أو بمائة ثمن عبد بيع بيعا فاسدا وكانت قيمته خمسين، فالرهن رهن بما بقي، وحكى ابن شعبان: يسقط منه بقدر ما اقتضى من الدين.

وفي الموازيَّة: من اقترض من له عليه مائة مائة على رهن بهما يسقط منه مناب المائة الأولى.

وقال محمد: كله رهن بالثانية، كقولها، وعلى هذا يفض في الاستحقاق والرد بالعيب والطلاق قبل البناء فيسقط مناب الساقط، ومن أسقط دينارا في ثلاثين درهمًا أخذ بها رهنا ففسخ، فإن ساوى الدينار الدراهم رهن، بكل الدينار وإن ساوى الدينار أربعين درهمًا كان رهنًا بثلاثة أرباعه فقط، فإن كانت قيمته عشرين ففي كونه رهنًا بجميعه أو بثلثيه، ويسقط مناب العشرة الزائدة؛ لأنها كمستحقة قولان، ولو ادعى حائز لشيء ارتهانه وربه إيداعه فالمذهب تصديقه.

اللخمي: إن شهد عرف لحائزه صدق، كالبقال في الخاتم ونحوه.

ابن العطار: ولو ادعى حائز عبدين أنهما رهن، وقال ربهما: بل أحدهما صدق، ولو ادعى عن حائز عبد رهن جميعه، وقال ربه: بل نصفه صدق حائزه.

قُلتُ: الأظهر كالأولى.

وفيها: من حاز جبة وقمطًا فهلك، وقال: هو وديعة، والجبة رهن، وعكس ربها حلف كل منهما على نفي دعوى الآخر، وأخذ الجبة رهنًا ولا غرم على الحائز.

ابن الحارث: ولأشهب القول قول الذي بيده الثوب، وقال يحيى بن عمر: إنما تكلم أشهب في التالف لا في الباقي، ولو وافق المدين عليه مائة لمن بيده رهن وزعم أنه في خمسين منها أو قيمته خمسين، وقال: حائزه في جميعها ففي قبول قول الراهن أو المرتهن قولا ابن القاسم فيها مع الصقلي عن محمد ونقله عن أشهب، وصوبه الصقلي: إن كان قبل حلول الأجل والرهن سواء عند حلوله مائة.

وإن اختلفا في قدر دين الرهن وهو بيد مرتهنه صدق بيمينه في قدر قيمة الرهن في دعواه، فإن نكل ما ادعاه قدرها فأقل حلف وثبت حقه، وفي لزوم حلف الراهن على نفيها لبقي مؤنة بيع الرهن وعهدته نقل اللخمي، وقول محمد وصوبه اللخمي لخفة مؤنة بيعه ندور استحقاقه، ولم يحك ابن رُشْد غيره.

عياض: لم يختلفوا أن للرهن شاهد للمدين، وأن القول من ادعى قيمته إلا ما وقع في العتبيَّة: أن القول قول المرتهن أبدًا، وإن كان قيمة الرهن ما أقر به الراهن، وهذا على

أنه شاهد على نفسه لا على الذمة.

قُلتُ: ما ذكره عن العتبيَّة لم أجده فيها؛ بل قال ابن رُشْد: في سماع عيسى إن ادعى المرتهن أكثر من قيمة الرهن والراهن قيمته قبل قوله اتفاقًا، وإذا ثبت قول المرتهن بحلفه، فلابن رُشْد في سماع يحيي تحصيل الأقوال ثلاثة.

مالك: يلزم الراهن افتكاك رهنه بقيمته سَحنون، وعيسى بن دينار، ورواية ابن القاسم هو يخير في ذلك، وقيل: في إسلامه وفدائه بما حلف عليه مرتهنه، وعزاه في سماع عيسى لسماع يحيى ابن القاسم، وقيل: في الثاني هو مشهور قول ابن القاسم، ولو كانت قيمة الرهن أقل من دعوى قيمته وأكثر من دعوى راهنه، فقال ابن رُشْد: يحلف المرتهن على دعواه، وقيل: للراهن أحلف على دعواك، وذكر الأقوال الثلاثة.

ابن زرقون: الذي في الموطأ هو مشهور المذهب أن الرهن شاهد على نفسه، ويخير الراهن.

الباجي: إن كانت قيمة الرهن خمسة عشر، وقال الراهن: عشرة، وقال المرتهن: عشرون، فقال محمد: له أن يحلف على العشرين أو قيمة الرهن، ولعبد الحق عن بعض القرويين: إنما يحلف على قيمته كمدعي عشرين، وله شاهد بخمسة عشر، وهذا خلاف نص المذهب لا أعلم فيه خلافًا بين أصحابنا إلا قول محمد: أنه يخير فيها ذكر والفرق بين الرهن والشاهد أن الرهن متعلق بجميع الدين والشاهد لا يتعلق له بما لم يشهد به، ألا ترى أن الراهن لو أقر بالعشرين كان الرهن رهنًا بها ولو أقر بتصديق الشاهد لم تتعلق شهادته بغير الخمسة عشر فجاز أن يقال: يحلف مع الشاهد على خمسة عشر ومع الرهن على عشرين، وعلى التخيير إن حلف المرتهن على العشرين حلف الراهن ليسقط ما زاد على قيمة الرهن، إن نكل دفع إليه ما حلف عليه، وإن حلف المرتهن أولاً على خمسة عشر، فقال محمد: يحلف الراهن ليسقط بقية دعوى المرتهن إن نكل لم يقض للمرتهن بما زاد على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله.

الباجي: إن قلنا نكول المرتهن أولاً عن اليمين على الزائد مؤثر، ولم تغير الترتيب فلا معنى ليمين الراهن؛ لأنه قد سقط الزائد عن الراهن لنكول المرتهن عن اليمين التي حكمها أن ترضيه، وإن قلنا أنه غير مؤثر وليس له حكم النكول إلا بعد نكول الراهن

لترتيب فله أن يحلف فيستحق أو ينكل فيبطل.

وما بيد أمين في كونه شاهدًا ولغوه قولا محمد واللخمي عن القاضي، وصوب الأول الشَّيخ قال: أَصْبَغ في العتبيَّة: إن اختلفا والرهن بيد أمين فالقول قول الراهن، قال: ونحوه ليحيى عن ابن القاسم، ولم يعزه الباجي إلا لأَصْبَغ.

قال أَصْبَغ: لو قال المرتهن: هو في مائة دينار، وقال الراهن: في مائة أردب قمحًا إن كانت المائة أردب أكثر من المائة دينار؛ فالقول قول الراهن تباع، توفي منها المائة دينار، وإن كانت أقل؛ منها فالقول قول المرتهن.

ابن رُشْد: إن فضل من ثمن المائة شيء وقف لإقرار كل منهما أنه لصاحبه، وأولهما رجوعا لقول صاحبه أحق به، وفيه اختلاف.

قال بعضهم: والقول قول الراهن بغير يمين؛ لأنه سواء حلف أو نكل لا بد أن يباع من الطعام بالمائة دينار، وليس بصحيح لا بد من حلفه؛ لأنه إن حلف بيع على ملك المرتهن، وإن نكل حلف المرتهن وبيع على ملك الراهن، ولو باع السلطان دون حلف قضى، لو تلف الطعام قبل بيعه لزمت الأيمان إن حلف الراهن كان من المرتهن، وإن نكل وحلف المرتهن كان من الراهن، وإن كانت قيمة المائة أردب فالقول قول الراهن مع يمينه، وليس للمرتهن إلا المائة أردب، فإن نكل حلف المرتهن وأخذ المائة، ولا كلام في هذا الوجه؛ لأن الرهن لا يشهد للمرتهن بصفة دينه إن اختلفا في نوعه، وإن كانت قيمتها أقل من المائة حلفا معًا؛ لأن كلا منهما مدعي مدعىً عليه بالدنانير، وهو مدع فيما نقص عن قيمة الرهن، والمرتهن مدع بالدنانير مدعىً عليه ما هلك من رهن لا يضمنه من تهمته للبينة بهلاكه أو لأنه لا يغاب عليه شهادته لغو.

ابن رُشْد: وكذا ما استحق، لا أعلم فيه نص خلاف، وهذا على أنه لا يكون شاهدًا على ما في الذمة، وعلى أنه شاهد على ما فيها يكون شاهدًا له بقيمته يوم رهنه في جميع ذلك.

وفيها: ما ضمنه مرتهنه واختلفا قبل في قيمته وصف المرتهن، وقوم وشهدت قيمته محمد عن أشهب إلا أن يتبين كذبه من قلة أن يذكر جدًّا.

الصقلي: إنما أعرف بجر لهذا ابن القاسم.

عياض: ظاهر قوليهما القول قول المرتهن في قيمته أنه كذلك، ولو ذكر من صفة الراهن ما لا يشبه الدين، فإن الدين ليس بشاهد للدين، وهو قوله في الموازيَّة خلاف قول أَصْبَغ في العتبيَّة، واختلف فيه قول أشهب فله في العتبيَّة: القول قول المرتهن إن لم يذكر إلا ما يسوى درهمًا كقول ابن القاسم، وقاله ابن عبد الحَكم وابن حبيب، وفي نوازل أَصْبَغ: أتى مرتهن بألف دينار له، برهن قيمته مائة، وقال الراهن: إنما رهنتك ثوب وشيء قيمته ألف دينار صدق؛ لأنه المشبه قوله: يحلف ويحاسبه بقيمته، وكذا كل متداعيين، وقول أشهب لي القول قول المرتهن، وإن أتى بما قيمته درهم باطل وإغراق.

ابن رُشْد: لا يبعد رهن ما قيمته مائة في ألف ويبعد هذا في البيع، وقول أشهب إغراق في القياس، وقول أَصْبَغ واستحسانه أظهر، وقد قال مالك: تسعة أعشار العلم الاستحسان.

قُلتُ: وذكر الباجي عنه من الثمانية، وقال: ليس هذا من شهادة الرهن، إنما هو من باب دعوى الشبه.

قال في العتبيَّة: لو اتفقا على أن الدين عشرة، وقال الراهن: قيمة الرهن عشرون، وقال المرتهن: ثلاثة، حلف على ذلك وسقط من الدين ثلاثة، وهذا على الدين لا يشهد لقيمة الرهن، وعلى أن قيمته إنما هي يوم يحتاج لبيعه كرهن ما لا قيمة له يوم الرهن كالثمر قبل إباره.

وروى ابن وَهْب في المجموعة: إن نكل المرتهن حلف الراهن أن قيمته عشرون، وسقط دينه وأخذ عشرة، وقاله أَصْبَغ، فإن نكل الراهن أخذ المرتهن ما فضل عن قيمة الرهن.

أَصْبَغ: لو جهل الراهن صفته ووصفه للمرتهن حلف، فإن نكل سقط حقه، وكان الرهن بما فيه، فإن قال المرتهن: لا علم لي بقيمته حلف الراهن على ما وصف إلا أن يأتي بمستنكر فللمرتهن أن يقول إنما ادعيت الجهل بتحقيق الصفة على وجه أحلف عليه، فإن أتى بما يستنكره، فأنا أصفه بصفة لا أشك أنها أفضل من صفة الرهن وهي دون صفة الراهن بكثير فيحلف على ذلك ويسقط عن نفسه ما يستنكر ولو سمع وصف الراهن ثم نكل ورد اليمين عليه كان للراهن ما حلف عليه، ولم يعتبر في ذلك

ما يستنكر، ولو أقر أولا بقيمة الرهن، فلما خالفه الراهن وصفه بصفة قومت بأقل من القيمة التي أقر بها، لزمه ما أقر به من القيمة الأولى.

وسمع عيسى ابن القاسم: قيمة ما ضاع من رهن حلي أو ثياب يوم ضاع لا يوم رهن.

ابن رُشْد: وقال بعده: قيمته يوم رهن، وليس باختلاف ففي قوله هنا أنه ظهر عندي يوم ادعى ضياعه، ومعنى قوله بعده: أنه لم ير من يوم رهن إلا أن تكون قيمته يوم ادعى ضياعه فيه أكثر من قيمته يوم رهن لو رئي عنده يوم رهنه بمدة صار يوم رئي كيوم رهن.

وقال ابن دحون: هو اختلاف قال أكثر أقواله أنه يوم رهن وهو القياس؛ لأنه في ذلك اليوم دخل ضمانه، وليس بصحيح، وقال غيره: إنما يلزم قيمته يوم ضاع إن جهلت يوم رهن، وما بعده فلم يجعل ذلك اختلافا في وقت قيمته أقل لم يصدق، وفي وقت قيمته شاهدا خلاف الباجي، لابن نافع في النوادر إن كان قائمًا فيوم الحكم، وإن هلك بيوم القبض، وقاله ابن القاسم في المدنيَّة، وفي سماع عيسى يضمن قيمته يوم الضياع، وقال في موضع آخر: يوم الرهن، فعلى اعتبار تضمينه يوم الضياع بموضع يجب اعتبار تلك القيمة مبلغ الدين.

وقال في ترجمة القضاء في الرهن في الحيوان، إثر ذكره الخلاف: وهذا ما لم يقم الرهن يوم الارتهان، ولو قوم بعشرة فضاع لزمته إلا أن يكون زاد في قيمته، أو نقصًا فيرد لقيمته إذا علم ذلك، قاله في العتبيَّة، ولو ادعى من اقتضى من له عليه دينار أحدهما برهن أو حميل فيما اقتضاه أنه العري عنهما، وأكذبه الدافع ولا بينة ففي قسم المقبوض عليهما في حلفهما وقبول قول القابض، ثالثها: قبول قول الدافع لرهونها، وكفالتها في حقين، أحدهما رهن والآخر كفالة مع سماع أبي زيد ابن القاسم، وابن كنانة مع رواية محمد بن صدقة، وعزا الصقلي الثاني لأشهب، زاده غيره، ولعبد الملك وسَحنون.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: إنما يصح قولها إن قلت: المائتان فإن كانت القولان، فالقول من الدافع؛ لأنه يقول: قصدت أخذ رهني بخلاف مسألة الحمالة في الحقين،

أحدهما قرض، والآخر من حمالة المؤجلتان كالحالتين.

اللخمي: إن حل أحدهما فقط، فالقول قول من ادعى القضاء عنه، وإن لم يحلا واحدهما واحد أو متقارب قسمت بينهما، هذا ظاهر المذهب، والقياس قبول قول الدافع؛ لأنه متطوع، وإن بعد ما بينهما فالقول قول من ادعى آخرهما أجلاً.

ابن رُشْد: ولو اختلفا عند القضاء، أي الحقين يبدأ به لجرى على هذا الخلاف، إلا أنه لا يمين في شيء من ذلك، وفرق في سماع أبي زيد من كتاب المديان بين اختلافهما عند القضاء وبعده، وعلى اختلاف وقع في الروايات، وللصقلي في الحمالة عن محمد نكولهما كحلفهما في القسم على الحقين، قال: قال مالك: بيمين وحق بلا يمين.

قُلتُ: إن كان بعد حلوله حلف اليمين فلا فائدة لاختلافهما، وقبله يجب لغو كونه عن ذي اليمين؛ لأنه لم يثبت بعد، ولو ادعى أحدهما بيان المدفوع عنه، والآخر إبهامه، ففي كون القول قول مدعي الإبهام، نقل محمد عن أشهب وعبد الملك قائلا: هذا قول أشهب وعبد الملك خلاف قول ابن القاسم.

الصقلي: على قوله يكون لمدعي ثلاثة أرباع الحق نصفه بالقسم بدعوى الإبهام، ويتنازعان في النصف الآخر فينتظر.

بعض القرويين: إنما يصح قولها بالقسم إن كان المتحمل عنه يوم الدفع معدمًا وهو موسر، ولو كان على العكس أو معدمًا فيهما، قبل قول القابض لتوجه الغرم على الدافع الآن، ولو كان موسرًا فيهما قبل قول الدافع.

الصقلي: هذا توقف غرم الحميل على تعذر غير طلب الغريم، وعلى قول ملك الآخر لا يقسم، وسمع عيسى ابن القاسم من ارتهن رهنًا بغير بينة فادعى رده، وقبض دينه وأنكره الراهن حلف وضمن الرهن المرتهن.

ابن رُشْد: لأن ما لا يصدق في تلفه لا يصدق في رده، ولا أعلم فيه خلافًا إلا ما في آخر سماع أبي زيد في الوديعة فيه دليل على تصديقه في دعوى رد الرهن المقبوض بغير بينة، وهو بعيد ولعله في الرهن الذي لا يغاب عليه.

الشَّيخ عن سَحنون في العتبيَّة: إن ادعى الراهن أن ما قبض رهنه إلا بعد دفع الحق، وقال مرتهنه: سرقته مني أو اختلسته أو أعرتك إياه أو دفعته لك لتأتي بحقه قبل

قول مرتهنه إن قام بإثر حلول أجله مع يمينه إن نكل حلف الراهن وبرئ كالصانع يطلب الأجر إثر دفعه المتاع، ولو كان الحق حالاً متى شاء الطالب طلبه، وقال الراهن: قبضت الرهن منذ أشهر، ودفعت حقه، وقال مرتهنه: بالأمس دفعته إليه كشف عن ذلك، وكان الأمر فيه على ما ذكرناه، فإن جهل صدق المرتهن ببينة، وقيامه كحلول الأجل.

ابن رُشْد: في مختصر ابن عبد الحَكم: كقول سَحنون، وسوى بين وجده بها ذكر، وهو مفترق إن ادعى دفعه له ليأتيه له تخرج على قولين في سماع ابن القاسم، يصدق الراهن بيمينه خلاف قول سَحنون، ولو لم يقر المرتهن بدفع الرهن لراهنه، وقال تلف به فسقط عليه، قبل قوله: اتفاقًا إن قام بالقرب، وإن ادعى أنه إعارة تخرج على ثلاثة أقوال: أحدهما قبول قول المرتهن بيمينه أن حقه باقٍ عليه، ويأخذه وليس عليه حلفه، لقد أعاره وهو الآتي على قول سَحنون هنا؛ لأنه لو أقر أنه دفعه له ليأتي بحقه قبل قوله على مذهبه أنه ما قبض حقه إن قام بالقرب؛ فلا معنى ليمينه على ذلك، والثاني: أنه يحلف على الأمرين معا، فإن نكل على أنه ما قبض حلفه حلف الراهن لقد دفع له، وبرئ، وإن نكل أن يحلف لقد أعاره، وقال: أحلف ما قبضت حقي لم يكن من الحلف على ذلك، وحلف الراهن ما أعاره إياه، ولا قبضه منه إلا على أن يأتيه بحقه، وقد دفعه له، وهذا يأتي على سماع ابن القاسم أن القول قول الراهن أنه أدى إليه حقه إن أقر المرتهن أنه دفع له الرهن على أن يأتيه بحقه، وقال: لم يأته به، الثالث: القول قول الراهن يحلف على الأمرين معًا إن نكل عن الحلف أنه دفع إليه حقه حلف المرتهن ما أخذ منه حقه، وإن قال: أحلف لقد دفعت له حقه ولا أحلف... قبضت الرهن على وجه العارية لم يمكن من الحلف على ذلك، وحلف المرتهن على الوجهين معًا أنه ما دفع إليه دفع، وحلف المرتهن ما أخذ منه الرهن إلا على وجه العارية، وأنه لم يقبض حقه فيأخذه بحقه، وكذا إذا ادعى أنه سرقه منه أو اختلسه من يده وهو ممن يشبه ذلك دخله الأقوال الثلاثة في دعوى العارية، وكذا هذا إن اختلفا بالقرب، وإن طال فلا خلاف في قبول قول الراهن إن أقر المرتهن أنه دفع له الرهن ليأتيه بحقه فلم يفعل، وإن ادعى أنه أعاره أيامًا وسرقه منه أو اختلسه وهو ممن يليق به ذلك صدق الراهن بيمينه أنه ما

سرقه ولا أعاره، وأن ما قبضه حتى وفاه حقه أو على أن يأتيه به، وقد فعل، فإن نكل حلف المرتهن وأخذه منه، وإن كان الراهن ممن لا يليق به السرقة والاختلاس فلا يمين على المرتهن في دعوى ذلك، فإن كان بالقرب جرى على القولين في تضمين الراهن في الدفع إن أقر المرتهن بدفعه له ليأتيه بحقه ولم يأته به، وإن كان بعد طول صدق الراهن اتفاقًا، ولو قال المرتهن: حلف له أو سرق فحصل بيده قبل قوله بالقرب، وقول الراهن بعد الطول اتفاقًا فيهما.

وفيها: إن أمر السلطان من يبيع الرهن لقضاء الدين فباعه، وضاع ثمنه صدق في ضياعه، فإن اتهم أحلف وكان الثمن من الذي له الدين كقول مالك في ضياع ثمن ما باعه الإمام لغرماء المفلس أنه منهم، وإن قال المأمور: بعت الرهن بمائة قبضها المرتهن فأكذبه المرتهن صدق المرتهن، ولو قال المرتهن: إنما باعه بخمسين وقضانيها ضمن المأمور الخمسين الباقية لإقراره أنه باعه بمائة كمأمور بدفع مائة لرجل أقر بقبضه منه خمسين فقط.

الصقلي عن بعض القرويين: إنما يكون الثمن من الذي له الدين على قول ابن القاسم: إن ثبت بيع الرهن ببينة، ولو لم يكن إلا قول المأمور: لم يبرأ الراهن من الثمن؛ لأن رب الدين لم يأتمنه على البيع، وخالفه غيره، وقال: ضمانه من المرتهن.

الصقلي: وهو الصواب، وهو ظاهر الكتاب؛ لأن الإمام جعله أمينًا لهما، ولو ضاع الرهن قبل بيعه كان على قول ابن القاسم من ربه، وعلى قول ابن الماجِشُون من رب الدين، ولو كان المرتهن هو الآمر ببيعه صدق المأمور مع يمينه أنه دفعه للمرتهن؛ لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن إلى الآمر، فقول ابن الحاجب: لو قال الأمين: بعته بمائة وسلمتها إليك وأنكر المرتهن غرم له الأمين له ما أنكره يجب حمله على قولها لا على تقييد الصقلي.

[كتاب التفليس]

التفليس: الأخص حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه، فيخرج (بخلع... إلخ) خلع كل ماله باستحقاق عينه موجبه منع دخول دين سابق عليه على لاحق بمعاملة بعده، والأعم قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به[1]، رواه محمد قائلاً يريد وحالوا بينه وبين ماله والبيع والشراء موجبه لغو دخول

(1) قال الرَّصاع: قوله في حد الأخص: (حكم الحاكم)؛ أشار إلى أن التفليس المذكور؛ إنما يكون بحكم فأطلق التفليس عرفًا على الحكم المذكور وأشار إلى أن ثبوت خلع المال غير الحكم به وإنما التفليس هو الحكم بالخلع لا ثبوت الخلع.
انظر ابن فرحون في الأحكام والجنس وهو حكم الحاكم لم تتقدم معرفته وحد به الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ ففيه بحث قوله: (بخلع كل ما) أخرج به حكمه بأداء مال وغيره قوله: (لمدين) صلة لما ولغرمائه يتعلق بمدين ويحتمل تعلقه ب (خلع) قوله: (لعجزه) إلخ يتعلق بالحكم وخرج خلع كل ماله باستحقاق عينه كما ذكره الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ أولاً والأخص إذا ثبت منع ما منعه الأعم ويمنع من مطلق بيع وشراء والله سبحانه أعلم.
(فإن قلت): إذا اتفق الغرماء على أخذ المال من المفلس واقتسموه فهو تفليس أخص وقد نقله ابن الحاجب وهو في السماع والحد لا يصدق عليه.
قُلتُ: الواقع في السماع أنه كتفليس السلطان ولم يطلق عليه تفليسًا، انظره.
قوله في حد الأعم (قيام) إلخ مناسب لإطلاق التفليس على قيام الغرماء وباقيه ظاهر في إخراجه وإدخاله والأعم من خاصيته أنه لا يجوز فيه تبرع ولا معاملة بغير عوض ولا محاباة إلا ما جرت العادة بفعله، والأخص يمنع ما منعه الأعم ويمنع مطلق البيع والشراء انظره وتأمل ما هنا من مسائل تجري على الحدين، وتأمل قوله رَحِمَهُ اللهُ: الأعم والأخص فإنما جرت عادته أنه إذا حد الأعم يأتي بحد للأخص بما يخصه، وهنا كيف يصح ذلك كما ذكر في حد البيع الأعم والبيع الأخص، وقد أشكل ذلك ثم إني رأيت لتلميذه الشَّيخ الوانوغي إن قال: انظر حد شيخنا للتفليس الأعم والأخص، فإن القاعدة إن حد الأعم لا بد أن ينطبق على حد الأخص، وفي تعريف الشَّيخ ليس الأمر كذلك وبيان ما أشار إليه ظاهر وهو معنى ما وقع الأشكال به؛ لأن الأخص جنسه حكم الحاكم وجنس الأعم قيام الغرماء، وقيام الغرماء لا يصدق على ما ذكر، ويمكن أن يقال: الأعمية والأخصية هنا باعتبار الأحكام لا باعتبار الصدق ولا شك إن الأول أخص من الثاني بمعنى أن الأول إذا ثبت منع من كل ما منعه الثاني دون العكس والله سبحانه أعلم.
(فإن قلت): ما ذكره الشَّيخ في رسم الدين بالدين: إن التفليس فيه صريح ووجه فما صريحه وما وجهه.

إقرار المدين على متقدم دينه، يتقرر الأول بتوجه طلب في طلب المدين بأزيد مما يملكه المدين فكانوا جماعة فواضح، فإن طلبه أحدهم دونه ودينه أقل مما للمدين فكذلك.

اللخمي عن محمد: إلا أن يرضى غرماؤه بإعطائه كل دينه، ولو قام بالمدين من حل دينه عليه وعليه دين لم يحل وما بيده كفاف دين القائم ففي تفليسه نقلا الصقلي عن القرويين وتبعه المازري.

ابن محرز: إن قام من حل دينه ومن لم يحل لم يفلس إلا أن يغترق ما حل بيده ولم يفضل عنه إلا يسير لا يرجى في حركته به أداء حقوق الآخرين.

اللخمي: في الموازيَّة: إن كان ما بيده أكثر مما حل عليه لم يفلس وليس بحسن، إلا أن يكون ما فضل عما حل أن إن تجر به وفي حق الآخرين عند حلوله، وما ذكره اللخمي استثناء ذكره المازري على أنه تأويل لبعض الأشياخ قال وهو بناء على أحد قولي الأشياخ في تفليس من بيده قدر ما حل عليه فقط.

اللخمي: إن قام ذو دين على مدين فليس لغيره عليه قيام مما لم يحل له عليه لم يفلسه به إن لم يتغير حاله من يوم داينه ولا كان غره من فلس، فإن تغيرت بإتلاف يخشى به عدمه حين حلول الدين حجر عليه وحل دينه إلا أن يضمن له أو يجد ثقة يتجر فيه فينزع منه ويدفعه له، وإن غره من فلس فلا مقال له عند مالك والأبين أن له أخذ سلعته؛ لأن العسر عيب.

قُلتُ: قول مالك هو نصها في المساقاة وقول اللخمي في تفليسه في دين لم يحل، وأن العسر عيب خلاف المذهب.

قال المازري: إذا كانت الديون مؤجلة لم يفلس بها، والمذهب حلول دين المفلس المؤجل بتفليسه كالموت مطلقًا.

وسئل السيوري وبعض متأخري المغاربة بعدم حلوله فيهما خلاف المذهب، وقبول ابن عبد السلام استقراء السيوري من قولها: إن مات عامل القراض بيد المال

=

قُلتُ: انظر فصل الدين بالدين فإنا قررنا ما يفهم به كلامه والله سبحانه ينفعنا بمؤلفه بمنه وفضله ويرحمه وهو سبحانه الولي الحفيظ

بيد وارثه يعمل فيه إن كان أمينًا أو أتى بأمين واضح سقوطه؛ لأن مال القراض ليس دينًا على العامل إجماعًا إنما هو أجير فيه، ووجه عمل وارثه فيه مذكور في القراض.

اللخمي: القياس إن أتى المفلس بحميل أن يبقي ما عليه لأجله؛ لأن تعجيله إنما هو خوف أن يكون له عند الأجل شيء، ولابن رُشْد عن سَحنون: لا يحاصص دون الدين القرض المؤجل بقيمته حالاً؛ بل على أن يقبض لأجله، قال: وهو بعيد.

قُلتُ: ففي حلول المؤجل بتفليسها، ثالثها: إن لم يأت بحميل به، ورابعها: إن لم يكن عرضًا للمعروف، وقال السيوري: وفيه وفي الميت واللخمي وسَحنون.

وفي تفليس في ذي الغيبة طريقان:

اللخمي: قريب الغيبة كالحاضر بالكتاب إليه، ومن بعدت غيبته حاله وشك في قدره لوجوده فلس، وإن علم وجوده وفيه وفاء، فلابن القاسم: لا يفلس، وأشهب: يفلس.

أَصْبَغ: ويكتب بتفليسه؛ ليستتم عليه وهو أحسن إن بعد كالأندلس من مصر أو دونه إن كان لا يقدر على اقتضاء الحق عند حلوله ولا بعده يسير؛ لأن محمل الغائب على السلامة، فإن وفى الحاضر بما عليه لم يفلس فيه وإلا فلس لمن حل دينه له ولم يأخذ سلعته ولم يكن مفلسًا لمن لم يحل دينه، وإذا فلس بجميعهم فلس به وتساوى الغرماء في مواضعهم فيما يجب لكل واحد من الحصاص كما لو حضروا مع كل ماله في موضع واحد وحكم غيبته وغيبة ماله سواء.

الصقلي عن محمد بقول ابن القاسم: قال أَصْبَغ: استحسانًا.

قال: والقياس قول أشهب.

وقال بعض فقهائنا: في قول أَصْبَغ: يكتب بتفليسه نظر؛ لأن أشهب إنما فلسه لإمكان تلف المال، فإذا وصل إليه فكيف يحل عليه المؤجل وهو ملي، أرأيت لو قدم بماله أن يكون لمن لم يحل دينه أن يأخذ بقية دينه قبل حلوله، والأشبه أنه ليس لهم ذلك، وظاهر قول أَصْبَغ أن لهم ذلك؛ وكأنه حكم مضى بحلول ديونه، وعليه لو فلس وعليه غرماء لم يحل ديونهم ثم ورث مالاً كان لهم أخذ بقية دينهم قبل حلوله منه، والأشبه أنه لا يكون لهم ذلك.

ابن رُشْد: بعد ذكره قولي ابن القاسم وأشهب؛ إنما الخلاف عندي فيما هو على مسيرة العشرة الأيام ونحوها وما بعد كالشهر ونحوه فلا خلاف في تفليسه وإن عرف ملاؤه.

قُلتُ: هو خلاف ما تقدم للخمي ففي كون البعيد كالشهر مختلفا فيه طريقان.

ابن الحاجب: والبعيد الغيبة لا يعرف ملؤه بفلس، وقال أشهب: ولو عرف.

ابن عبد السلام: فيما حكاه عن أشهب قصور؛ لأنه لا يتناول من كان معروف الملاء ويتبين لك ذلك بأن نسوق كلام ابن يونس بذكر ذلك.

قُلتُ: لا يخفى على ذي فهم أن قول ابن الحاجب، ولو كان عرف أنه يتناول من كان معلوم الملاء تناولا نصًا، وقول ابن الحاجب: لو مكنهم الغريم من ماله فاقتسموه ثم تداين فليس للأولين دخول في ذلك إلا أن يكون فيه فضل ربح كتفليس الإمام هو نص سماع ابن القاسم، ومثله سماع أَصْبَغ روايته.

وفيه قال ابن القاسم: ولو قاموا عليه فلم يجدوا في يده شيئًا فتركوه لم أره تفليسًا، فإن بعد ذلك دخل الأولون على الآخرين؛ لأنهم لم يرفعوه إلى الإمام فلم يبلغوا من كشفه ما يبلغه الإمام.

ابن رُشْد: هذا حد للتفليس المانع دخول من فلسه على من عامله بعد ذلك، وحد التفليس المانع قبول إقراره قيام غرمائه عليه أو قيامهم فيستتر عنهم.

قال محمد: ويمنعونه من التصرف في ماله فالأعم.

قال ابن رُشْد: يمنع إتلاف شيء من ماله لا يعوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله كالهبة والعتق لا ما لزمه من نفقة أبيه وابنه ونفسه، ولا ما جرت العادة به من كسوة السائل والأضحية ونفقة العيدين دون سرف في الجميع، وماله عوض معتاد فعله كالنكاح ونفقة الزوجة بخلاف ما ليس معتادًا كنفقة حج التطوع، وفي نفقة حج الفرض نظر، وقد يأتي على كونه على الفور أو التراخي، وانظر في جواز تزويجه أربعًا.

قُلتُ: الظاهر منعه ثانية لقلته عادة، وكذا طلاقه وتكرر تزويجه لمطلق شهوته.

المازري: تخريج القاضي عتقه وهبته على قضائه بعض غرمائه أنكره بعض شُيُوخي؛ لأن قضاءه بعض غرمائه يؤدي إلى الثقة به في معاملته، وإذا عومل نما ماله،

ويجوز بيعه وابتياعه دون محاباة وإقراره لمن لا يتهم عليه جائز اتفاقًا ولمن يتهم عليه باختلاف، وفي صحة قضائه بعض غرمائه، ثالثها: ما لم يتشاوروا في تفليسه لابن رُشْد عن أَصْبَغ، وعن ثاني قوليها وسماع عيسى.

قال ابن رُشْد: مفسر لأول قوليها.

وفيها: قضاؤه بعض غرمائه أو رهنه إياه رجع مالك إلى إجازتها، وذكرهما الباجي عن الواضحة.

قال ابن القاسم: وعلى إجازته جميع الناس.

قُلتُ: هو نصها في المديان، وذكر ابن رُشْد الأقوال في قضائه في رهنه، وفي المديان منها قضاء المريض المغترق دينه ماله بعض غرمائه لا يجوز؛ لأنه تأليج، وقال غيره: هو كالصحيح في تجره، وإقراره بالدين لمن لا يتهم عليه.

المازري: قصر السيوري الخلاف في قضاء بعض غرمائه على إمساك بعض ماله يعامل به الناس.

قال: ولو قضى كل ما بيده بعض غرمائه لم يجز اتفاقًا للمعنى الذي فرق به بين من إعتاقه وقضائه بعض غرمائه، ونحوه رأيت في بعض التعاليق عن بعض القرويين أنه لو عجل دينًا لبعض غرمائه قبل حلوله لم يختلف في رده؛ لأن لم يعامل على ذلك وحكيته في بعض الدروس بحضرة بعض المفتيين فقال: يرد من وجه آخر هو أن قيمة المؤجل أقل من عدده معجلاً؛ فالزائد على قيمته هبة ترد اتفاقًا، وهذا صحيح ويبقى النظر هل يرد جميعه أو ما زاد عدده على قيمته مؤجلاً.

قُلتُ: في جعله إياه محل نظر؛ لأن ما زاد يؤدي إلى ضع وتعجل، وذلك زوال فاسد ظن آدمي بارتكاب فاسد لحق الله، والأخص يمنع ما منع الأعم ومطلق بيعه وشرائه.

اللخمي: إن باع بعد الحجر بغير محاباة نظر، فإن كان إمضاؤه حسنًا أمضى، وإن كان بخسًا رد، وإن شك فيه التبس به الزائد فإن لم يوجد أمضى هذا إن كان الثمن قائمًا، فإن أنفقه رجعوا إلى السلعة إلا أن يرضى المشتري بدفع ثمن آخر، وإن اشترى بعد الحجر على المال الذي فلس فيه رد إلا أن يكون فيه فضل ويقرب بيعه إلا أن يرضى

البائع أن يباع له ولا يدخل مع الغرماء، وإن اشترى على أن يقضيه من غير ما حجر عليه فيه جاز؛ وهو مقتضى قول ابن الحاجب وتصرفه شارطًا أن يقضى من غير ما مر عليه فيه جائز.

قُلتُ: ونحوه قول المازري إن كان بيعه وشراؤه مصرفًا لذمته كسلم يسلم إليه فيه الأجل بعيد يصح العقد إليه، وما في معناه لم يكن لغرمائه منعه من ذلك؛ لأنه مخير، وهو غير متعلق بالمال الذي استحقوه.

قال ابن الحاجب: وفي معاملته ثالثها: بالنقد لا بالنسيئة، ورابعها: بما يبقى لا بما يذهب، ويعني بالنقد أن يشتري ما ينتقده لا ما يتأخر، وما يبقى فسره ابن عبد السلام كشرائه الربع وابن هارون بالمتاع والثياب، قال: بخلاف المنافع وما له بال من الطعام وسكت عن ثبوت هذه الأقوال في المذهب وعدم ثبوتها.

قال ابن عبد السلام: لست على وثوق من نسبة هذه الأقوال للمذهب بل رأيت من الحفاظ من ينكرها.

قُلتُ: من أمعن النظر والبحث علم ضرورة عدم وجودها في المذهب، وكل المذهب هو ما قدمناه من وقف تصرفه على نظر الحاكم ردًّا وإمضاءً، وهذا هو نقل المازري وابن رُشْد وغيرهما من حفاظ المذهب، فالله أعلم من أين أتى هذا الرجل بهذه الأقوال، ثم قال: ويمضي عتق أم ولده، ورده المغيرة.

ابن عبد السلام: وليس الخلاف كالخلاف في إعتاق السفيه أم ولده؛ لأن نظر المفلس صحيح إنما حجر عليه في مال مخصوص لو سقط الدين الذي فلس فيه زال حجره والسفيه محجور عليه من أكثر الوجوه، وكثير من أهل العلم لا يزال حجره بانتقال حاله للرشد حتى يحكم الحاكم بإطلاقه.

قُلتُ: تفرقته بين إعتاق المديان أم ولده وإعتاق السفيه أم ولده يقتضي أن مسألة إعتاق أم الولد منصوصة في المفلس نفسه ولا أعرفها كذلك.

قال اللخمي في كتاب الحجر: من آخر كتاب المديان اختلف في عتق المحجور عليه أم ولده فأمضاه ابن القاسم في المدَوَّنة، ورده المغيرة في كتاب ابن سَحنون؛ لأنها بمنزلة رقيقه مما يدخل عليه فيها من الرفق، وإن أمضى عتقه التمس زوجة أو جارية،

وعلى جواز عتقها روى محمد يتبعها مالها.

وقال ابن القاسم: لا يتبعها إلا أن يكون يسيرا هو أشبه، وكذا نقله المازري وعزو اللخمي إمضاء عتقها لابن القاسم في المدَوَّنة يدل على أنها في السفيه لا في المفلس؛ لأنها في المدَوَّنة إنما هي في المفلس، ويأتي شيء من هذا في الحجر.

وفيها: ما ليس للمولى عليه فيه إلا المتعة فعله فيه جائز فيجوز طلاقه.

قُلتُ: فأحرى خلعه.

ابن شاس: تصرف المفلس من غير مال كطلاقه وخلعه واستيفاء القصاص وعفوه واستلحاق النسب ونفيه بلعان، وقبوله الوصية صحيح.

المازري: في إمضاء المولى عليه عن قذفه وقصاص وجب عليه قولا ابن القاسم والأخوين وغيره عن قصاص قاتله ماض على قول ابن القاسم بعدم جبر القاتل على الدية، وعلى قول أشهب وأحد قولي مالك بجبره يتخرج جواز عفوه عنه على الخلاف فيمن ملك أن يملك.

وفيها: من أقر لرجل عند التفليس بمال دخل فيه مع من داينه وما بعد التفليس لا يدخل فيما بيده بعد مال، فإن أفاد مالاً بعد ذلك دخل فيه مع من بقي له من الأولين للشيء.

اللخمي: إقراره قبل الحجر لمن لا يتهم عليه جائز ولغيره كالأب والأخ والزوج يختلف فيه وألا يجوز أحسن.

الصقلي عن ابن بشير: إقراره ما دام قائم الوجه في ماله جائز، واستحسن إن قرب تفليسه فإقراره لمن يتهم عليه من ولد أو والد باطل.

المتيطي: المشهور أنه لا يجوز إقراره، وقاله ابن بشير وبعد القيام عليه جائز إن كانت ديون القائمين عليه بغير بينة أو ببينة وهي لا تستغرق ما بيده أو تستغرقه وعلم تقدم معاملته من أقر له وتقاضيه منه وأشبه ما أقر له به مداينته له.

المتيطي: إقراره عند الحاكم إنما يثبت منها أقر به في مجلسه أو قربه، رواه محمد وما بعد ذلك لغو في ذلك المال؛ لأنه بتمام إقراره حجر عليه، وقال ابن أيمن: من حل دينه وادعى العدم وأقر بآخر لم يدخل على الأول إلا ببينة إن كان الأول ببينة، ولابن لبابة:

من فلس وطلق المرأة وقامت بصداقها؛ فهو كدين حادث بعد تفليسه.

المتيطي: وفيه نظر لا فرق في قيامها بدليل كونها زوجة أو مطلقة.

اللخمي: والشَّيخ في لغو دخول إقراره على دين القائمين ببينة لمجرد قيامهم عليه أو بسجنهم إياه، ثالثها: لقيامهم إن حالوا بينه وبين ماله ومنعوه البيع والشراء لقولي مالك ومحمد.

اللخمي: الصواب إن بادر بعض غرمائه بالحجر عليه أن يسأله الإمام عن ديونه فيثبت ما اعترفا به ويشهد عليه ولو لم يقبل إلا قول من يرفعه للحاكم بطلت أموال الناس؛ لأن أكثر بيعهم دون بينة ولو قال بعد أن كشف عن ديونه نسيت كذا قبل قوله بالقرب، وقد قبلوا قول عامل القراض قرب تسليم ماله أنسيت النفقة.

قُلتُ: ما استصوبه هو قول المقدمات عن ابن حبيب، قال إن أقر قبل أن يستسلم ويسكت جاز؛ إذ لا يقدر على أكثر منه، وروى عن مالك إقراره لمن علم له تقاض منه مداينة وخلطة جائز مع يمينه ويحاص من له بينة.

قُلتُ: وحكاه الشَّيخ عن مالك في الموازيَّة.

قال المتيطي إثره: وقال ابن نافع: إقرار من تعين فلسه لا يجوز وهو خلاف ما في المدَوَّنة وغيرها، وذكر المازري ما استصوبه اللخمي من قبول قوله بعد كشفه وتمسكه بمسألة القراض، ورده بأن قبول إقرار المفلس بعد حكم الحاكم بحجره نقص لحكم الحاكم بخلاف المقارض، فإن دفعه المال غير مناف لبقاء حق له، فظاهر المذهب عموم قبول إقراره بعد الحجر عليه.

قُلتُ: حاصله أنه قبل قيام الغرماء عليه لمن لا يتهم عليه ماض فيه اتفاقًا ولمن لا يتهم عليه نقلا اللخمي وقبل القيام عليه قبل الحكم بحجره لمن لا يتهم عليه نقلا اللخمي والشَّيخ الثلاثة الأقوال، وبعد الحجر عليه مقبول على من ليس دينه ببينة إن قارنه أو قاربه، وفي قبوله على من دينه ببينة كذلك ولغوه، وثالثها: يقبل لمن علم له تقاضي منه للخمي مع نقل ابن رُشْد عن ابن حبيب ونقله رواية.

وفي المقدمات: لو أقر بمعين كقوله هذا قراض لفلان أو وديعة ففي قبوله، ثالثها: إن كان على أصلهما بينة صدق في التعيين لسماع عيسى رواية ابن القاسم وسماعه مع

سماع أشهب، وقول ابن القاسم في ثاني وصاياها وسماعه أبو زيد.

قال في سماع ابن القاسم وقبل سماع أبي زيد مفسر: أنه مفسر لأحد القولين، وقيد الأول بأنه مع يمين المقر له، وزاد في سماعه في تضمين الصناع كون المقر له ممن يتهم عليه ولم يعز ابن شاس الأول إلا لأَصْبَغ قائلاً لو لم يعين المقر به بطل؛ لأنه إقرار ودين، وتعقبه ابن عبد السلام ما عزاه كثاني وصاياها، بأن ظاهره عدم التعيين يرد بأنه في لفظها نكرة في سياق النفي فتعم المعينة وغيرها، وقولها من عامله بعد تفليسه أحق بما بيده من متقدم غرمائه في قدر ما عامله به إلا فيما أفاده من ربح وغيره تفسير قول ابن شاس.

والمال المتجدد يحتاج لحجر ثان واضح فيما علم تجدده، وما جهل يحتاج لبيان من الطرر من الاستغناء إن وجد بيد المفلس بعد قسم ماله وتركه يسعى في معاشه ثوب أو شيء وقام فيه غرماؤه فقال: هو لفلان أبيعه له أو أحمله له إلى كذا قبل قوله بيمين ربه إن ادعاه؛ لأنه لو أقر بدين قبل.

قال: وما وجد بيد المفلس بعد تفليسه فادعى فيه ذلك لم يقبل إلا ببينة لمن ادعاه أو يكون ممن يبيع هذه الأشياء ويحملها، وقول ابن شاس: أجرة الكيل والحمل بما يتعلق بمصلحة الحجر عليه مقدم على ديونه؛ لأنه لو لم يقدم ما وجد أجيره، وتقدم القول في أجرة بيع الرهن.

اللخمي في كتاب الشهادات لابن حبيب عن الأخوين: إن نكل مدين على الحلف مع شاهد له بدين قبل الضرب عليه؛ فليس لغرمائه الحلف معه وبعده لهم ذلك يحلف كل منهم أن ما شهد به الشاهد حق يحلف على جميعه لا على ثبوته، ومن نكل بطل حقه فيه.

وفي صحة رجوعه بعد نكوله قبل الحكم بمقتضاه قولا ابن حبيب ومُطَرِّف ومن حلف.

قال ابن الماجِشُون: له بقدر حظه.

ابن عبد الحَكم: له قدر حقه من كل ذلك الدين، وعزا الصقلي قول ابن الماجِشُون لرواية عيسى، قال: وقال بعض القرويين ينبغي أن يكمل بعض الغرماء ولا فضل في

الدين أن يحلف الغريم ويسقط عنه حق من نكل وليس لبقية الغرماء إن لم يكن في الدين... وفاء بحقوقهم أن يأخذوا ما نكل عنه كما لم يكن للورثة إن نكل الغرماء وحلف الورثة أخذ ذلك.

وسمع عيسى ابن القاسم: من مات مدينا بمهر زوجه وغيره وقام له شاهد بوضعها مهرها بصلح مع زوجها حلف غرماؤه واستحقوا حقوقهم فإن أبوا حلف من رضي واستحق حقه.

ابن رُشْد: هذا صحيح كقول مالك في شاهد الميت: أن الغرماء يحلفون معه، ولابن حبيب عن أَصْبَغ: أن الغرماء لا يحلفون في أمر الميت؛ لأن حلفهم رجم بالغيب، وهو بعيد، وأنكره سَحنون، وقال: ليس رجما بالغيب، إنما يحلفون بخبر مخبر، كحلفهم على إثبات دين له، وقوله: حلف من رضي واستحق حقه؛ يريد: وترجع اليمين على المرأة في حق من نكل منهم فتحاص بذلك من حلف، وقيل: يبطل حقها بيمين من حلف؛ لأنه لا يحلف أن ما شهد به الشاهد حق؛ إذ لا تبعض شهادة الشاهد، ويلزم على قياس هذا القول الاكتفاء بيمين أحدهم، فيقال لهم: إما أن يحلف واحد منكم مع الشاهد، وإما أن ترجع اليمين عليها فيحلف على تكذيبه، وتحاصكم بكل حقها، وظاهر قوله: يحلف الغرماء ويستحقون تبدئتهم على الوراثة، وفيه تفصيل إن فضلت التركة ديونهم بدئ الورثة اتفاقًا إن حلفوا بطل دين المرأة، وإن نكلوا حلف الغرماء واستحقوا حقهم، وحلفت وأخذت في دينها ما فضل عن دين الغرماء، وإن نكل الغرماء معهم حلفت واستحقت دينها وحاصت بجميعه في متروك الميت، وإن لم تفضل التركة الديون ففي تبدئة الورثة على الغرماء وعكسه قولاً ظاهر الموطأ ورواية ابن وَهْب، واختارها سَحنون وتأول قوله في الموطأ فقال: إنما تبدأ الورثة؛ لأن الغرماء لم يحلفوا بعد ما قبضوا دينهم، ولو كانوا مبدئين باليمين، هذا تأويل بعيد والصواب أنه اختلاف قول وهو جار على اختلافهم في تعليل الدين النائب على المتوفى هل هو متعين في تركة الميت أو في ذمته، فمن علله بأنه متعين في ذمة الميت بدأ الورثة، ومن علله بأنه متعين في عين التركة بدأ الغرماء، ووجه هذا الاختلاف في التعليل أن الميت لا يطرأ له مال إلا نادر من رعاه، قال: دينه في ذمته؛ لأنه إن تلف ما ترك وطرأ له ما

لم يعلم به تعلق الدين به اتفاقًا ومن يراعي ذلك النادر قال: لا ذمة للميت فدينه متعين في تركته فوجه تبدئة الورثة باليمين، وإن لم يكن في التركة فضل عن الدين هو أنه قد يطرأ للميت مال فيكون في حقوقهم اليمين مع الشاهد على إبطال دين المرأة؛ ليستحقوا ذلك المال الطارئ، وقول ابن الحاجب: (ويمنع من السفر بالدين المؤجل إلخ) تقدم بيانه في السلم.

وفيها مع غيرها: يبيع الإمام ما ظهر للمفلس.

المتيطي وابن فتوح: شرط بيع القاضي مال المفلس لقضاء دينه ثبوت الديون وحلف أربابها على بقائها كيمين بقاء الدين على الميت وثبوت ملك المفلس ما يبيعه عليه.

قُلتُ: وقول ابن عبد السلام في حلف كل منهم بقاء دينه إلى آخر فصول اليمين تردد بين الحكام لا أعرف سقوطها من قبل الحاكم إما بتراضيهم وعدم مناكرة الغريم إياهم فظاهر.

وفي طرر ابن عات: لو لم يثبت ملك المبتاع له وثبت أنه وجد في ملكه وتحت ثقابه فإن ذلك يكفي كذا في وثائق ابن فتوح فيما يبيعه صاحب الموارث، وفي أحكام ابن سهل في ذلك قولان للشُيُوخ.

قُلتُ: في أحكام ابن سهل شاهدت فتيا أهل طليطلة إن دعا الطالب؛ لتفتيش مسكن المطلوب حين دعواه العدم بالحق فتش فما ألفى فيه من متاع للرجال بيع، وأنصف الطالب منه لم يختلفوا في ذلك وأنكره ابن عتاب وابن مالك، وقال: أرأيت إن ألفى في بيته ودائع.

قُلتُ: ذلك محمول عندهم على أنه ملكه حتى يتبين خلافه، قال: فيلزم وقفه حتى يعلم هل له طالب وأعلمت ابن العطار بذلك فقال: ما يبعد ولم ينكره، وأنا أراه حسنا فيما ظاهره اللدد والمطل.

قُلتُ: وحكم به ابن عبد السلام في أول ولايته فأنكره عليه من له ظهور عند السلطنة من متفقه صنف المرابطين فكف عن تنفيذه الحكم به، وقول ابن الحاجب: لا يكلف الغرماء إلا غريم سواهم هو مقتضى قولها مع غيرها ليس الاستيناء في البيع على

المفلس كالميت؛ إذ لو كلف الغرماء أن لا غريم سواهم ما احتيج لنفي الاستيناء في المفلس وإثباته في الميت.

وفيها: من رواية ابن وَهْب ليس الغائب في الاستيناء في بيع عروضه في ديونه، ولعله كثير المداينة لغير من حضر كالميت في الاستيناء لاجتماع من يطرأ من غرمائه لبقاء ذمة هذا وزوال ذمة الميت، وجعله غيره كالميت يستأنى به إن كان معروفا بالدين، وإن لم يعرف بالدين قضى لمن حضر ولم ينتظر به.

اللخمي: من لا يعرف بالدين قسم ماله لغرمائه عاجلاً، وإن كان معروفًا به استؤني في موته وفي فلسه قولان والأحسن الاستيناء، ولابن رُشْد في رسم الجواب من سماع عيسى: يباع مال الغائب لغرمائه اتفاقًا، وفي الاستيناء به قولان لابن القاسم وغيره من الرواة.

في المدَوَّنة: ولظاهر هذا السماع من رواية ابن وَهْب في بعض رواياتها هذا في الحاضر والقريب الغيبة وبعيدها يستأنى فيه إن خشي أن يكون عليه دين اتفاقًا.

الشَّيخ عن ابن حبيب: قال أَصْبَغ: من فلس أو مات وعليه دين أمر القاضي من ينادي بباب المسجد، ويجتمع الناس أن فلان بن فلان مات أو فلس فمن له قبله دين أو قرض أو وديعة أو بضاعة، فليرفع ذلك للقاضي كفعل عمر في الأسيفع، وفي النوادر: قال مالك في موضع آخر: شأن بيع السلطان أنه بالخيار ثلاثة أيام.

قُلتُ: تقدم أنه نص عتقها الأول.

الشَّيخ. قال سَحنون في غير مسألة من بيع السلطان ويبيع بالخيار: لعل زائدًا يأتيه، ولم يذكر الأجل في الخيار، وسأله شجرة هل للسلطان أن يشتري ما باعه بالمزايدة على غائب أو مفلس أو طفل من مبتاعه؟ قال: لا أحبه إلا أن تتداوله الأملاك فتسقط الظنة.

اللخمي: لا يباع مال المفلس بالحضرة ويستأني به لشهر.

قال مالك: يستأنى في الدور والأرضين الشهر والشهرين، وفي الحيوان والعروض يسيرًا والحيوان دون ذلك.

اللخمي: إن كان العطاء الأول مستوفى لا ترجى عليه زيادة ويرى أن البدار للعقد

أو لا خوف أن ينثني رأيه عن الشراء أمضى، وكذا إن أخذه بعض الغرماء بها لا ترجى بعده زيادة، والعادة أن يبيع القاضي على خيار وإن لم يشترط إلا أن يجهل المشتري العادة؛ فله القيام بالتنجيز ردًا أو إمضاء.

وسمع ابن القاسم: يستأني بالعروض مثل الشهر والشهرين كالدور وما أشبه ذلك، ويستأني بالحيوان الشيء اليسير لا كالعروض.

ابن رُشْد: لفظه مشكل؛ لاحتمال أن العروض يستأني بها الشهر والشهرين كالدور، ويحتمل أن يكون قوله: مثل الدور تفسير للعروض فيكون معنى قوله: إن العروض التي هي الدور يستأني بها الشهر والشهرين بخلاف الحيوان، ومثله في الموازيَّة: أن الدور يستأنى بها ذلك ففي الاستيناء بالعروض الشهرين أو الأيام اليسيرة كالحيوان اختلاف، وكون الحيوان لا يستأني به إلا اليسير لأجل كلفة النفقة، والنظر في العروض أن يستأنى بالرفيع الكثير الثمن منها الشهر والشهرين وما دون ذلك الأيام اليسيرة، ويسير الثمن كالحبل والدلو والسوط يباع من ساعته وعروض بيع دينه قبل أجله بعدم بيع زرعه قبل بدو صلاحه، وأجاب ابن محرز: بأنه فساد والدين لا فساد فيه؛ إنما فيه نقص من قدره وهو لغو لو كما كانت عروضه كاسدة ولها أسواق ترجى فإنها لا تدخر إليها، وفي المقدمات وجه التحاصص صرف مال الغريم من جنس دين الغرماء دنانير إن كان دنانير أو دراهم إن كان دراهم أو طعامًا إن كان طعامًا، فإن اختلفت أصناف ديونهم صرف المال عينًا دنانير أو دراهم بالاجتهاد إن كان الصنفان جاريين بالبلد، ويباع ماله من ديون إلا أن يتفق الغرماء على تركها لحلولها، ويحمل جميع ديونهم إن كانت صفة واحدة أو قيمتها إن كانت مختلفة حلت أو لم تحل؛ لأن التفليس يقتضي حلولها كالموت هذا قول ابن القاسم.

وقال سَحنون: العرض المؤجل يقوم يوم التفليس على أن يقبض لأجله وهو بعيد؛ لأن المال لو كان به وفاء لعجل له حقه أجمع، وإذا قاله في العروض؛ فيلزم في العين المؤجل، وهذا لم يقله هو ولا غيره فيقدر مال المفلس بقدر ما يصير لكل ذي دين من دينه.

قُلتُ: هذا الأصل مقرر في قسم التركات من كتاب القراض، وقد استوفيناه في

اختصار الحوفية ومن لم يكن دينه من صنف مال الغريم ابتيع له بما صار له صنف دينه، فإن أراد أخذ ما كان له عينًا لم يجز إن كان دينه طعامًا من سلم، وجاز إن كان من قرض، وإن كان الذي له عرض من سلم؛ لم يجز، وقيل: إنه جائز؛ لأن التفليس يرفع التهمة وهو جائز على اختلاف في مسألة سماع أشهب من كتاب السلم والآجال.

قُلتُ: حاصل ما فيها أن في رفع التفليس حكم التهمة روايتان لغير ابن حبيب، ولابن زرقون: ولأن حكم التفليس يرفع التهمة خير.

ابن القاسم في سماع عيسى: من باع عبدًا ففلس مشتريه وقد أبق بين حصاصه للغرماء وبين طلبه للعبد، وقال أَصْبَغ: ليس له إلا المحاصة.

قُلتُ: فيها لابن رُشْد نظر يأتي.

قال في المقدمات: ولو أراد أخذ ما صار له في المحاصة بجميع حقه جاز إن كان ما صار ما له فيها مثل رأس ماله فأقل إلا أن يكون للدين طعام سلمٍ؛ فلا يجوز إلا أن يكون حظه في المحاصة مثل رأس ماله ولو كان طعام قرض جاز مطلقًا، وإذا وجب الشراء له مثل ما صار له في المحاصة بالعروض مثل ماله، فإن غلا السعر أو رخص فاشترى له أقل لغلائه أو أكثر لرخصه فلا تراجع بينه وبين الغرماء إلا أن يكون فيما صار له أكثر من حقه فيجب فضله للغرماء، وإنما التحاسب في زيادة ذلك ونقصانه بينه وبين الغريم فيتبعه بما بقي بينه ومن حقه قل لرخص سعره أو كثر لغلائه.

قُلتُ: وأصل هذا في رسم العرية من سماع عيسى وفي سماع أَصْبَغ وسماع ابن القاسم، وفيه ما صار في المحاصة لذي كراء مضمون اكترى له به إلى الجهة التي يريد السير إليها ونحوه للباجي.

قال: ولو كان السلم في وصيف فطار له ما يشتري به نصف وصيف خير بين أن يشتري له ذلك ويتبع المفلس ببقيته وبين أن يترك حتى يصير فيأخذ منه وصيفًا كاملاً.

وفيها: مع غيرها ينبغي للقاضي أن يقف لمن غاب من غرماء المفلس حظه ثم إن هلك كان منه.

الصقلي: وقال أشهب هو من الغريم ورواه عن مالك.

قُلتُ: هذا وهم، إنما قاله أشهب، ورواه أشهب فيما وقف للقسم بين الغرماء لا

فيما قسم وعين وقفه لشخص معين هذا هو نص في الرواية.

قال الشَّيخ: إثر نقله إنما وقف من الغرماء، وأما على رواية أشهب؛ فهو من المديان حتى يصل لأهل الدين أو يضعه لهم الإمام أو يعزله لهم الوصي، ونحوه قولها في الزكاة الأول إن قبض الوصي مالاً عينًا للأصاغر والأكابر لم يكن حوله لهم من يوم قبضه حتى يقتسموه، وللصقلي مثل هذا في ترجمة إقرار المريض على ضمانه في كونه إن تلف بقدره من الدين لا كله لا كأكله إن طرأ غريم قبول المازري قول بعض الحذاق محتجا بقياسه على ضمان المشتري ما استحق من يده عن معروف المذهب، والأول هو اختيار التونسي قائلاً فيها: إن ثبت ضياع ما بأيديهم لم يضمنوه للقادمين وعزا الأول للمازرية.

اللخمي: في آخر ترجمة الوصي أو الوارث يقضي بعض غرماء الميت اختلف إن قضى الحاكم للحاضر من غرماء المفلس بحقه وبقي حظ الغائب في الذمة هل يختص الحاضر بحظه أو يكون جميع القضاء فاسدًا.

و فيها: إن طرأ غريم على غرماء بعد قسم مال المدين عليهم وعدم العلم بالطارئ وشهرة المدين بالدين تبع كلا منهم بما يجب له لو حضر معهم فيما صار لهم، ولو لم يجب له وفاء ما فضل عن ديونهم بحظ الطارئ تبع الورثة ديونهم، زاد في قسمها ولا يتبع المليء بما على المعدم، ومعنى قول ابن الحاجب مع ابن شاس إن ظهر غريم رجع على كل واحد بما يخصه، وهذا لو استحق مبيع، كذا هو نقل الشَّيخ في الموازيَّة لأَصْبَغ وعبد الملك أن من استحق شيء من يده ما اشتراه مما بيع على مفلس رجع بثمنه على الغرماء، ومثله في المدَوَّنة: إذا استحق ثمن الرهن بعد بيعه الإمام ونحوه في الرد بالعيب، وفي العتق الأول من باع سلعة ثم أعتق عبده ثم استحقت السلعة ولا مال له فلا رد للعتق؛ لأنه دين لحقه بعد إنفاذه فقيده محمد بأن الثمن كان قائمًا بيده يوم عتقه ولو لم يكن كذلك رد عتقه وجعله الصقلي تفسيرًا لها، واحتج بقول ابن القاسم فيمن حلف على قضاء دنانير لأجل فقضاها فيه ثم استحقت بعده أنه حانث، فعمم ابن عبد السلام قول ابن الحاجب فيما ذكرناه، وفي هذه بناء على قول الصقلي: أنه تفسير وهو عندي بعيد من قولها؛ لأنه دين لحقه بعد إنفاذه؛ بل علته في حال كونه أنه عتق صدر في حال

كونه مليا بما عليه والأمر فيها عندي جار على الحكم في السبب عن أمر هل يعتبر في الحكم عليه زمن حدوثه أو زمن حدوث سببه كبيع الخيار إذا أمضى ومبتاع شقص على خيار إذا أمضى بعد بيع شخص آخر على بت بعده، ومسألة كتاب الرواحل من أكرى دابة لحمل دهن من مصر إلى فلسطين قد قر مكريها فيها بعثار فعثرت بالعريش ضمن قيمته بالعريش، وقال غيره: بمصر، فالجاري على قول ابن القاسم أن ثمن المستحق دين حادث مطلقًا خلاف قول محمد.

وفيها: إن قضى الورثة أو الوصي بما تركه الميت غير وافٍ بديونه من حضرهم من غرمائه بدينه، أو كان معروفًا بالدين رجع القادمون على الورثة أو الوصي بحصاصهم، ورجع الورثة أو الوصي على الغرماء.

وقال ابن القاسم في باب آخر: رجعوا عليهم إن كان الغرماء معدمين.

الصقلي: هذا والأول سواء إنما أراد أنهم يخيرون في الرجوع على الورثة والوصي أو الغرماء الأولين، وقال بعض متأخري أصحابنا: إنه اختلاف وليس بشيء.

قُلتُ: عزا ابن رُشْد القولين في هذا للمذاكرين.

اللخمي: اختلف إن أراد البداية بإغرام من تولى القضاء دون القابض مع قدرته على أخذه من قابضه فجعله له مرة ومنعه أخرى، والبداية بالقابض أولاً؛ لأنه لا يرجع بما يغرمه على أحد، إلا أن يكون قبض ذلك من الوارث أقرب فالأمر البين لكونه فيبتدئ به ناضًا وما عند الآخر يطول بيعه فيبديه قولاً واحدًا.

وفيها: إن باع الورثة التركة فاستهلكوها، ثم طرأت ديون عليها إن كان الميت يعرف بالدين، وباعوا مبادرة لم يجز بيعهم، وللغرماء أخذ العروض ممن هو بيده، ويتبع المشتري الورثة بالثمن، وإن باعوا على ما يبيع الناس ولم يعرف الميت بالدين اتبع الغرماء الورثة بالثمن كان فيه وفاء أو لم يكن ولا تباعة على من ذلك بيده.

ابن محرز: قالوا: للغرماء فسخ البيع يحتمل أن يكون؛ لأنه ما وجد الثمن بيد الورثة ولو وجدوه لم يكن له فسخ البيع؛ لأن حقهم ليس في اعتبار البيع، ويحتمل أنه رأى فسخ البيع على رواية أشهب أن الورثة إن باعوا بعض السلم لأنفسهم وعزلوا الدين أضعافه أنه يفسخ؛ لأنه لا ميراث إلا بعد قضاء الدين فعليه يفسخ البيع لحق الله

هي كبيع التفرقة ويوم الجمعة والأول أشبه بظاهر الكتاب لقوله للغرماء أخذ مال الميت حيث يستقام.

وقال محمد: إن تمت السلع بيد المشتري أو نقصت فله دفع قيمتها يوم قبضها هو على القول بفساد البيع؛ لأن السلع إذا فاتت بنماء أو نقص ترتبت فيها القيمة وهو قول ما فسد لصغره، وقول على أنه على هذا قولهم القيمة يوم القبض، ولو كان ابتداء السلعة من الغرماء كانت قيمتها يوم قيم عليهم وكان لهم ذلك ولو لم تتغير السلع.

زاد ابن بشير: احتجاج سَحنون بقوله لقول مالك: من حلف بحرية رقيقه ليقضين فلان حقه إلى شهر فهو ممنوع من بيعهم، فإن باعهم، ثم قضى الحق قبل الأجل مضى بيعه، قاله في سماع أَصْبَغ من العتق في سماع ابن القاسم في التفليس ما يرد قول سَحنون فتأمله، وذكر ابن عبد السلام معنى قول ابن محرز يحتمل أنه رأى فسخ البيع على رواية أشهب... إلخ.

وقال في هذا التخريج: نظر؛ لأن قول أشهب فيمن اشترى سلعة شراءً فاسدًا، وقبضها ودفع ثمنها أن له حبسها على وجه الرهن متى يأخذ الثمن الذي دفعه.

قُلتُ: ما تعقب به التخريج يرد فإن قول أشهب يحبسها في البيع الفاسد رهنًا إنما قاله فيمن باع ما في ملكه دون حجر عليه فكان ذلك منه كرهنه، والبائع في مسألة النزاع إنما باع ما لا يملكه فصار كغاصب باع ما غصبه في وقت النداء أو على التفرقة، وإذا رجع القادم على الورثة، ففي النوادر وظاهره من الموازيَّة وفي قسم المَدَوَّنة: يتبع الملي في كل حظه فالإرث بها على المعدم بخلاف طروه على غرماء.

وفي ضمان ما وقفه الحاكم من مال مدين لقضاء غرمائه منه أو منهم والغائب منهم كحاضر، ثالثها: ما ليس بعيب، ورابعها: الدنانير من ذي دنانير، والدراهم من ذي دراهم، والعروض من المدين، وخامسها: الأول في الفلس والثاني في الموت، لابن رُشْد عن أشهب وعبد الملك وابن القاسم وروى كل منهم قوله، واللخمي عن المغيرة وابن رُشْد مع غيره عن أَصْبَغ.

وقوله: معنى قول ابن القاسم؛ أن العين من الغرماء إن كان دينهم عينًا، ومعنى قوله: إن العرض من المدين؛ أن دين الغرماء ليس مماثلاً لها، ولو كان مماثلاً؛ لها لكان

منهم عزاه عبد الحق لبعض القرويين، ولم يقيده الباجي ولا المازري بشيء.

ابن رُشْد: قبول ابن القاسم أن ما يحتاج لبيعه هو من الغريم؛ لأنه على ملكه يباع وما لا يحتاج لبيعه من الغرماء، وللشيخ عن ابن حبيب عن ابن وَهْب ومُطَرِّف والمغيرة كقول ابن القاسم، ومحمد عن ابن عبد الحَكم كأشهب ولأَصْبَغ كقول ابن القاسم ولابن حبيب عنه كقول ابن الماجِشُون.

محمد: قيل لابن القاسم: لو اشترى من العين بعد أن وقف سلعة ربح فيها مالاً، قال: الربح له يقضي منه دينه، قيل له: كيف يكون ربح ما ضمانه من غيره فسكت عنه ولم يوجه.

الشَّيخ: المازري: عندي أن له أن يقول: لما حيل بينه وبين المال فتعدى بالتجربة كانت الديون بائنة في ذمته بالتعدي، وإن كانت ذمته برئت منها لو لم يتعد، ومن تعدى على دنانير أو دراهم فتجر بها فربحها له، وهذا يدفع المناقضة دفعًا ظاهرًا، ولعله إنما سكت استثقالاً للمعارضة التي هي كالمناقضة.

وفي زكاتها الأول: يبيع الإمام على المفلس كل عروضه إلا ما لا بد له من ثياب جسده وثوبي جمعته إن كانت لها قيمة، وإن لم يكن لها تلك القيمة فلا.

وفي عتقها الأول: يباع على معتق شخص له في عبد لتقديمه كسوة ذات المال لا التي لا بد له منها، ولابن القاسم في سماعه: تترك بسببه إلا أن يكون فيها أفضل، ونقله اللخمي عن الموازيَّة قال: ويؤيده فتباع ويشتري دونها، وقولها في ثوبي جمعته: كان يجري لنا أن الصواب عكس تفصيله فلا تباع إن كان لها قيمة؛ لأنها حينئذ لها خصوصية الجمعة، وإن لم يكن لها قيمة صارت كثياب سائر الأيام وهي زائدة عليها فتباع، ويجاب بأن الغرض أنها من ثياب الجمعة يمنع كونها من ثياب سائر الأيام، فحينئذ إن كان لها قيمة بيعت؛ لأنها في حقه كسرف، وإلا بقيت؛ إذ لا سرف فيها حينئذ مع كونها من ثياب الجمعة.

اللخمي: قولها في ثياب الجمعة استحسان والقياس البيع.

المازري: إلا أن يكون يلحقه ببيعها معرة ومضرة.

الشَّيخ: روى ابن القاسم: الكفن أولى من الدين.

الباجي في سماع ابن القاسم: تترك كسوة له ولأهله، وفي كسوة زوجته شك.

قال سَحنون في السماع المذكور: لا يترك له كسوة زوجته.

زاد ابن بشير: شك مالك في ذلك في المختصر.

قُلتُ: ظهر نقل الباجي: أن شك مالك في ذلك في العتبيَّة ولم أجده فيها ولذا عزاه ابن رُشْد للمختصر، وأضاف اللخمي الشك لابن القاسم، وقال: إنما شك فيما حفظ عن مالك في النفقة؛ لأن الزوجة أحق في ذلك من الولد، فإذا ترك الولد كان أولى أن يترك للزوجة، وقال سَحنون: لا يترك للزوجة ما لا يترك للولد وهو أبين وحسبهم ما كان عليهم، واختلف إن كانت ثياب أهله وولده خلقة هل تجدد لهم؟ ولا أرى أن يستأنف له كسوة، ويكفيه ما كان يكفي به قبل ذلك.

المازري: شك مالك في ذلك، وأضاف بعض أشياخي الشك لابن القاسم.

ابن رُشْد: وشك مالك فيها؛ لأنها لا تجب إلا بمعاوضة ويطول الانتفاع بها فيكون ذلك كالنفقة لها بعد المدة المؤقتة، وهذا عندي إنما هو في ابتداء الكسوة، وإنما عندها وما كان عندها من كسوة كساها كان لها فيها فضل عن كسوتها وهو قائم؛ فلا ينتزع منها قولاً واحدًا؛ لأن الغرماء دخلوا معه على ذلك، وقوله في السماع والمدَوَّنة يترك له ما يعيش به وأهله الأيام هي العشرة، ونحو ذلك لابن الحاجب ومحمد: قدر الشهر وهو ليس بخلاف؛ إنما هو على قدر الأحوال والعرف تفاوت أهل ذلك المكان، وروى ابن نافع: لا يترك له شيء، وهو قول ابن كنانة وهو القياس والأول مع استحسان.

ابن زرقون: روى ابن نافع: لا يترك له إلا ثوب يواريه وهو قول ابن كنانة لا يترك له شيء.

الباجي عن أصبغ: إن كان الذي وجد له قدر نصفه شهرًا ونحوه تركًا له ما يعيش به.

المازري: والتحقيق في قدر ما يعاش به اعتبار حال المفلس في كسبه فيترك له قدر ما يرى أنه لتحصيل معيشته، فإن كان صانعًا ينفق على نفسه وأهله من خدمته لم يترك له شيء، ومن الأشياخ من قال: يترك له نفقة اليومين والثلاثة خوف كسله أو مرضه في

غيره وما بعده في الأيام اليسيرة.

قُلتُ: قال اللخمي: ليس ذلك ببين؛ لأن المرض نادر ويبعد كونه بفور فلسه، والغالب أن المفلس يدخر ويكتم.

اللخمي: في بيع خاتمه قولا ابن القاسم وأشهب ويباع مصحفه، وفي كراهة بيع كتبه روايتان.

روى محمد: لا تباع لغرمائه، وإن مات فالوارث وغيره سواء، وأجاز بيعها ابن عبد الحكم، قال: بيعت كتب ابن وَهْب بحضرتي مع غير واحد من أصحاب مالك بثلاثمائة دينار وكانا في وصية، وقبل ابن رُشْد قول سَحنون في الذي يموت، ويترك خمرًا؛ لا يجبر وارثه على بيعها لقضاء دين مسلم ويترك، فإن باعها بمال حكم بقضاء دينه منه، والمذهب لا يؤاجر المدين الغريم لقضاء دين عليه.

اللخمي: هذا إن كان تاجرًا وإن كان صانعًا يداين لقضاء من عمله، فإن عجل أجبر على العمل، فإن أبى استؤجر وأباع منافعه في نسج الباب أو خياطة متاع مدة معلومة أجبر على ذلك إن احتاج لنفقته، وأما من يداين ليعمل ويقضي فيبدأ بنفقته ونفقة عياله ويقضي من الفاضل، ومن باع منافعه مدة معلومة بدئ الذي استأجره، وإن أدى ذلك لتكففه الناس؛ لأن منافعه صارت ملكًا لمن اشتراها كمن باع سلعة فلم يسلمها حتى افتقر فإنه يسلمها وإن تكفف الناس، إلا أن يخاف موته يتجر متاجرة في أن يسلفه ما يعيش به دون عياله حتى يتم عمله أو يتركه يعمل يعمل عنده غيره بمثل ذلك؛ لأنه إن منع هلك ولم ينتفع المتاجر بشيء، ولما ذكر المازري أن مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة: أن المفلس لا يؤجر في الدين وقرر حجته، المذهب.

قال: كان بعض أشياخي يحمل المذهب على أن ذلك في التجار، وذكر ما ذكرناه عن اللخمي؛ ولذا لو لم يزد عليه شيئًا، وروى محمد: ليس لغرماء المفلس أن يؤاجروا أم ولده، ولهم مؤاجرة مدبره ويبيع كتابة كاتبه، وتباع خدمة المعتق لأجل، وإن طالت العشرة سنين ونحوها، ويباع من خدمة المدبر السنة والسنتين، ولا يباع مرجع عبد له أخدمه غيره، وإن أفلس المخدم؛ فالخدمة له كعرض، وإن كانت سنين معلومة كعشر ونحوها، وإن كانت حياة المخدم أو المخدم بيع ما قرب السنة والسنتين وما اكترى

ونقد ثمنه بيع له.

وفيها: ليس لغرماء المفلس جبره على انتزاع مال أم ولده أو مدبره وله هو ذلك، وإن مرض ولا دين عليه فليس له انتزاعه؛ لأنه ينتزعه لوارثه وفي التفليس لنفسه.

اللخمي: ولو اعتصر ما وهبه لابنه ولا يجبر على ذلك، وعزاه الباجي لرواية محمد بزيادة: ولا على أخذ شفعة له فيها فضل.

اللخمي: في جواز أخذه بها إن رضي قولا ابن القاسم مع مالك وسَحنون وهو أبين ومن أصل مالك لا يستشفع ليبيع ولا ينزع.

ابن زرقون في سماع ابن القاسم: من حبس حبسًا، وشرط أن للمحبس عليه البيع لغرمائه، يبيع عليه، وهذا يعارض ما تقدم.

قُلتُ: أشار إليه اللخمي بذكره إثر ما تقدم ولم يصرح بالتناقض.

الشَّيخ عن ابن حبيب: وسماع يحيى ابن القاسم وأَصْبَغ عنه: لا يجبر على قبول صدقة أو هبة أو سلف.

ابن رُشْد: لو قبض الهبة على أنه بالخيار في قبولها وردها لتخريج جبره على قبولها على ما في رسم أخذ يشرب ثمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، وعلى قولها: لا يجبر على انتزاع مال مدبره.

قُلتُ: السماع المذكور: أن من تصدق على ابنته بدار على وجه الحبس وعلى أن لها بيعها للغرماء في دينهم.

ابن رُشْد: روى محمد ليس للغرماء ذلك وهو الآتي على قولها: لا يجبر المفلس على انتزاع مال أم ولده ولا مدبره.

قُلتُ: مقتضى منافاة ما في السماع لقولها في أم الولد والمدبرة: لوقفه على الانتزاع.

الشَّيخ في النوادر: أعرف لابن القاسم أنه لا يجبر على العفو عن دم لأخذ دينه ولا له العفو عن دية وجبت له.

قال ولابن حبيب عن مُطَرِّف: ليس له أن يجبر وصيًا إليه بماله.

قُلتُ: هو نص قولها آخر الوصايا الثاني.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من ورث أباه؛ فالدين أولى به ولا يعتق عليه، ولو

وهب له عتق عليه؛ لأنه إنما وهب له لعتقه للغرماء.

ابن رُشْد عن أشهب: يعتق في الميراث.

قال محمد: وما فرق به بينهما فاسد؛ إذ لا يدري حقيقة مراده، فلعله أراد منفعة الموهوب له بأداء ديونه بثمنه لا سيما إن كان يجهل أنه لا يصح له ملكه؛ فالقياس أنهما قولان يعتق فيهما ويباع للغرماء فيهما.

قُلتُ: فالأقوال ثلاثة، ثالثها: التفرقة.

قال: وهذا الاختلاف على الخلاف في العتق بالقرابة هل يفتقر لحكم أم لا؟.

ابن شاس: إن لم يبق للمفلس مال، واعترف بذلك الغرماء انفك الحجر ولا يحتاج لفك القاضي، وقال القاضي أبو محمد: لا ينفك حجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم حاكم.

قُلتُ: قال في المعونة: لأنه يحتاج لاختبار حاله وزوال المعنى الذي حجر عليه من أجله، وسواء في ذلك الصبي والمجنون والبالغ والمفلس.

قُلتُ: والأول هو ظاهر الروايات في المفلس.

فيها: قال مالك: إن داين الناس بعد التفليس، ثم فلس ثانية فمداينه أخيرًا أولى من الأولين، فظاهر قوله: داين الناس ارتفاع الحجر عنه دون حكم حاكم، وكذا قولها: ليس للمفلس أن يتزوج في المال الذي فلس فيه، وله أن يتزوج فيما بعد ذلك، وقول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: وفي انفكاك الحجر من غير حكم حاكم قولان، وجود هذين القولين في ذلك في المذهب عزيز يقتضي عدم وقوفه على نقل القاضي في المعونة، والمدين بما حل إن امتنع من أدائه أقسام الأول من كان موسرًا به فهو ملكه، وفي جبر رب دين حال عن قبض بعضه، وقبول امتناعه حتى يقبض جميعه والمدين موسرًا نقلا ابن رُشْد رواية محمد مع أبي زيد عن ابن القاسم، وقول أَصْبَغ مع سماعه أشهب ومحمد عن ابن القاسم والأول في العسر اتفاقًا.

ابن سهل وغيره: روى ابن القاسم: من كان له مال اتهمه القاضي على تغييبه حبسه أبدًا حتى يؤدي.

سَحنون: ويؤدبه بوجيع الضرب، ومثله في البيان، وعلى ذكر ابن فتوح نصه ابن

أبي الجواد.

قال ابن عات: من الاستغناء من أخذ أموال الناس في دين وتجر وزعم أنه لا شيء معه، ولم يعلم به عطب سجن وضرب بالسوط مرة بعد مرة حتى يؤدي ما عليه أو يموت أو يتبين أنه لا شيء له، وبه قضى سَحنون.

وفي المقدمات: قول سَحنون: وفاق لقول مالك لقوله: يضرب الإمام الخصم إذا ألد، ولا يرد أبين من هذا، وما ذكره ابن الهندي عن سَحنون، وفي ضربه ابن أبي الجواد حتى مات إن صح لا يدل على رجوعه عن مذهبه؛ بل على تونينه وورعه؛ لأنه قال: لم أقتله إنما قتله الحق، قاله إشفاقًا خوف أن يكون جاوز في اجتهاده وتأسيًا بقول عمر رضي الله عنه لو مات جمل بالفرات ضياعًا خفت أن أسأل عنه.

قُلتُ: ما ذكره عن سَحنون ذكره ابن فتوح رواية.

قال ابن القاسم: من تبين إلداده حبسه الحاكم وضرب الضرب الوجيع.

اللخمي: إن أقر الغريم بالملاء ولو في القضاء إن وجد له مال قضى منه وإلا سجن، فإن لم يقض ضرب حتى يقضي.

والثاني: من طلب التأخير لأداء ما عليه في ذلك طرق.

اللخمي: اختلف في حد تأخيره، فقال سَحنون: اليوم وشبهه.

ابن حبيب عن ابن الماجِشُون: على قدر حالاته، وما يطلب به مالك في المبسوط: يختلف حال الملي والمعدم وقلة المال وكثرته، وأرى أن يؤخر المليء ثلاثًا وأربعًا وخمسًا وهو أحسن، ومتى أشكل الأمر لم يحمل على الرد إلا أن يكون قدر ذلك لا يتعذر على مثله ليسيره فيلزم القضاء بالحضرة.

قال: وعلى التأخير ففي لزومه حميل، وإلا سجن قولان.

سَحنون: ورواية المبسوط وهو أحسن إلا أن تكون ريبة تدل على تغيبه أو سفره أو لدده؛ فيلزمه الحميل، وإن قدر على تعجيل القضاء من يومه فيبيع ما يشق عليه خروجه من ملكه كجاريته وعبده التاجر ومركوبه، وما تدركه ببيعه مع تمر لم يؤخر بيعه؛ لأن الشأن القضاء من غير ذلك، وقاله مالك في المبسوط.

عياض: في تأخيره يسير قضائه عادة، ثالثها: إن عرف بالتأخير لم يؤخر لقولي

الشُيُوخ وظاهر الروايات وعلى الأول في إلزامه حميل بالمال وإلا سجن قولا معظم الشُيُوخ مع ابن سَحنون عنه وكثير من الشُيُوخ مع نحوه عن سماع أبي زيد ابن القاسم، وفي تحليفه أنه ما أخفى ناضًا إن لم يعرف به، ثالثها: إن كان من التجار لابن دحون وأبي علي الحداد وابن ذئب وهو على الخلاف في أيمان التهم.

قُلتُ: في أحكام ابن زياد: من طلب تأخيره بما حل عليه لبيع ربعه لم يقبل منه وحكم بأدائه، فإن أبى؛ سجن حتى يثبت أنه لا مال له غير الربع ويحلف على ذلك.

ابن سهل: اختلف في تحليفه فذكر الثلاثة الأقوال التي ذكر عياض وابن دخون هو القائل لا يحلف، وإن الحداد هو القائل يحلف عكس نقل عياض.

وسمع أبو زيد ابن القاسم من كتاب الحمالة: من عليه دين وله مال غائب علمه غرماؤه فطلبه بحميل حتى يقدم لهم ماله ليس لهم ذلك إلا أن يخافوا أن يهرب أو يغيب.

ابن رُشْد: ضعف ابن عتاب هذه الرواية فقال: هي خلاف الأصول، والصواب إلزامه الحميل إن سأل التأخير بماله.

وأفتى أهل طليطلة: إن سأل من عليه دين أن يؤخر حتى ينظر فيه وهو معلوم اليسير والمأمور المأمور وأجل في ذلك، ولا يلزمه حميل إلا بوجهه بدليل هذه الرواية وهو لعمري ظاهر، وإليه ذهب ابن مالك فقال: إن كان المطلوب مشهور العين ظاهر الملاء لم يلزمه حميل إذ لا معنى له، وإنما ألزم سَحنون قاتل الخطأ الحميل لتشهد البينة على عينه في رجل غير مشهور فعلى قول ابن مالك إن لم يكن مشهور العين وهو ظاهر الوفر لزمه حميل الوجه خلاف إلزامه أهل طليطلة مطلقًا، وتضعيف ابن عتاب الرواية صواب؛ لأن مال المطلوب خلاف بخلاف من له مال حاضر ووفره ظاهر، وقاله سَحنون؛ لأنه لا يلزمه حميل.

وفي المقدمات: إن وعد المدين بالقضاء، وسأل أن يؤخر أخر حسبما يرجى له ولا يعجل عليه بيع عروضه للجبر الرواية بذلك مسطورة في المدَوَّنة وغيرها بخلاف فتوى سائر فقهاء الأندلس من التوكيل على بيع ماله عاجلاً، وتأخير الشفيع عن النقد من هذان بمعنى.

قال سَحنون: ويؤخذ بحميل وإلا سجن، إلا من سجن يعرف بالناض فلا يؤخر، فإن لم يعرف أنه من أهل الناض، وادعى الطالب أنه من أهله جرى تحليفه على الخلاف في أيمن التهم، وضعف أبو عمر الإشبيلي تحليفه، واحتج بسماع يحيي في الزكاة جل الناس لا نقد لهم وقد حقق الدعوى بأنه ذو ناض لزم حلفه اتفاقًا.

ابن فتوح: إن أثبت المدين عدم نفسه وأعذر لطالبه فأثبت له مالاً عينته البينة ولا مدفع عند المدين لها أعدى الحاكم الطالب في ذلك المال.

ابن عات: يأمر الحاكم المدين ببيعه ذلك المال لقضاء دينه، فإن أبى ضيق عليه بالسجن وضرب حتى يبيع ولا يبيع عليه كالمفلس؛ لأن المفلس ضرب على يديه، قاله أبو بكر بن عبد الرحمن، فإن أنكر المدين المال الذي أثبت له وعجز عن الدفع في شهادة من ثبت به، فقال ابن فتوح: يبيعه عليه ولا يضطره لبيع ما يتبرأ منه، كذا ذكره ابن عات في آخر ترجمة بيع السلطان على مفلس إثر ذكره قول ابن عبد الرحمن وما في وثائق ابن فتحون ما نصه، انظر في آخر الثالث في فقه تسجيل بيع في دين خلاف ما وقع لأبي بكر بن عبد الرحمن.

الثالث: من اتهم أنه غيب مالاً.

قال في المقدمات: يجبر حتى يؤدي أو يثبت عدمه فيحلف ويسرح، وعبر عنه بأنه ألد واتهم بأنه غيب مالاً.

قال: وإن طلب إعطاء حميل بوجهه ليثبت عدمه لم يمكن من ذلك إلا التضييق عليه واجب لتهمته رجاء أن يؤدي، فإن أراد أن لا يسجن أعطى حميلاً غارمًا لا يسقط غرمه إثبات عدم المطلوب، وكذا إن أثبت بينة بالعدم ولم تزك، قاله سَحنون.

قال: وزاد الصقلي.

قيل: لم يلزم عليه حميل؛ لأنه إن ذهب لم يحلف الحميل من لا بد من يمنه أنه لا يجد قضاء.

الصقلي: ويحتمل أن يكون لظهور ملائه وبينته التي لم تزك كلا شيء.

الرابع: ما جهل حاله في المقدمات يحبس بقدر ما يستبرأ عليه أمره، ويكشف عن حاله، ويختلف باختلاف الدين لابن حبيب عن ابن الماجِشُون يحبس في يسير

الدريهات نصف شهر، وفي كثير المال أربعة أشهر، وفي الوسط شهران، وإن سأل أعطى حميل حتى يكشف عن أمره ولا يحبس.

ففي المَدَوَّنة: يحبس أو يعطي حميلاً، فقال التونسي: يريد بالوجه لا بالمال في قول ابن القاسم؛ لإحضاره عند انقضاء المدة التي يجب فيها سجنه لاختبار حاله، فإن أحضره برئ من الضمان وحبس إلا أن يتبين أن ما له مالاً حتى يقضي، وإن تبين أنه لا مال له أطلق بعد يمينه، فإن لم يحضره غرم، وإن تبين أنه عديم اليمين ملازمًا له.

قُلتُ: كما ذكر اللخمي قول ابن القاسم بأنه يقبل منه الحميل، قال: ومنعه سَحنون والأول أحسن ألا أن يعرف باللدد فلا يقبل منه، فإن قبل الحميل وطلبه الغريم، فأثبت الحميل فقد برئ من حمالته؛ لأنه يمين بعد إثبات فقره؛ لأنه ما كتم شيئًا استحسان إلا أن يظن أنه كتم، ولما ذكر عياض قولي ابن القاسم وسَحنون قال: حمل بعضهم قوليهما على الخلاف، وقال غيره: قول سَحنون؛ إنما هو فيمن هو ظاهر الملاء ملد ومن جهل حاله.

وفي حمل مجهول الحال على العدم أو الملإ مطلقًا دون اعتبار دلالة حاله على العدم والأصل الدين، ثالثها: اعتبار دلالة حاله على العدم، وكون أصله لا عن عوض لابن محرز عن قول سَحنون مجهول الحال إن كشف عن حاله فلم يكن له مال أحلف، وترك مع ابن زرقون مع ظاهر رواية المبسوط وابن عات مع بعضهم عن ابن زرقون عن التونسي وابن الفخار لقوله: إن طلب الأب نفقته من أبيه فادعى العدم، القول قول الأب خلاف قول ابن العطار وغيره، واللخمي عن رواية المبسوط لا يفلس وليس بتاجر ولا متهم ولا يستحلف.

اللخمي: يريد: من كان معروفًا بقلة ذات اليد كالبقال والخياط والصنعة التي شأن أهلها القلة إلا أن تكون الدعوى في يسير، ولا يصدق حتى يثبت ذلك، وكذا ما كان عن عرض متمول.

وقال ابن زرقون: إثر ذكره الأولين، وقيل: إن كان عن عرض ما يتملك أو مطلقًا، فحمله ابن القاسم وأشهب محملاً واحدًا.

وقال ابن كنانة وسَحنون: إن كان ممن لا يتملك كالصداق وأرش الجراح؛ فهو

على العدم.

اللخمي: هو على الملاء في الحمالة في المال؛ لأنها إقرار باليسير، وليس كذلك حمالة الطلب وذا فرط حتى لزمه المال، فإنه ينظر إلى الغالب في حال مثله، وإن قال: حميل الوجه إن أحضره غرمت عنه فهو إقرار يسير ما تحمل به، والصداق يحمل على الغالب من مال مثله كثير مما يتزوج بما ليس عنده خصوصًا أهل البوادي، وكذا جناية الخطأ وجناية العمد في المأمومة والجائفة على أنها في ماله ولابن الماجِشُون فمن أعتق حظًا له في عبد، وقال: ما عندي ما أغرم في الباقي إن قال: جيرانه، ومن يعرفه لا نعلم له مالاً حلف وبرئ، وقال سَحنون: كل أصحابنا على هذا في العتق إلا في اليمين؛ فلا يستحلف، وهذا الأصل في كل ما لم يؤخذ عنه عوض؛ لأنه لا يحمل على الرد، ومثله نفقة الأبوين بخلاف نفقة الولد هو فيها محمول على الملاء.

ابن رُشْد: الغريم محمول على الملاء، وإن كان الدين لا عن عوض، قاله أبو إسحاق وغيره، ويدخله في هذا الوجه الأخير الخلاف في مسألة من غاب عن امرأته، ثم تطلبه بالنفقة.

ابن عات: محمله على الملإ مطلقًا القضاء.

وفيها: إن تبين عدم من حبس أطلق، وروى عن أبي بكر وعمر ﭭ: أنه يستحلف أنه ما يجد قضاء من عين أو قرض وإن وجد ليقضين، وفي المقدمات إن ثبت عدم الغريم أو انقضاء أمد سجنه لم يطلق حتى يستحلف ما له مال ظاهر ولا باطن، وإن وجد مالا ليؤدين إليه حقه، وإنما وجب استحلافه؛ لأن البينة إنما تشهد على العلم لا القطع، فإن ادعى الطالب عليه أنه أفاد مالًا، ولم يأت عليه ببينة؛ فلا يمين له عليه فهذه فائدة بزيادة قوله ولئن وجد ليؤدين إليه حقه، وعزا هذه اليمين ابن سهل لأهل الفتيا.

ابن لبابة وغيره ومثله لابن فتوح، قال: وزاد بعض المفتيين في اليمين ليعجلن الأداء؛ لأنه قد يؤديه بعد طول وإذا رزقه الله مالًا في سفر ليعجلن الأوبة والأداء.

قال أحمد بن سعيد: اليمين الأولى كافية.

قُلتُ: قال ابن الهندي عن محمد بن إسحاق بن السليم قاضي قرطبة ابن عبد الملك بن عبد: حمل هذه الزيادة.

المتيطي وغيره: إن زعم المدين علم رب الدين عدمه؛ لزمه اليمين أنه ما يعلم عدمه، فإن نكل حلف المدين وقاله غير واحد من الفقهاء، وبه كان يفتي ابن الفخار وثبت عدمه.

قُلتُ: وكان بعض قضاة بلدنا بتونس لا يحكم بهذه اليمين وهو ممن لا يظن به علم حال المدين لبعده عنه، ولابن رُشْد في رسم نقد سماع عيسى صفة الشهادة بالعدم أن يقول الشاهد إنه يعرفه فقيرًا عديمًا لا يعلم له مالًا ظاهرًا ولا باطنًا.

زاد ابن عات ولا تبدلت حاله بغيرها إلى حين إيقاعهم شهادتهم في هذا الكتاب.

ابن رُشْد: فإن قال: إنه فقير عديم لا مال له لا ظاهرًا ولا باطنًا؛ ففي بطلانها قولان بناء على حملها على ظاهرها أنها على البت أو على العلم ولا بظن على القطع والبت بطلت ونحوه في سماع أشهب في الشهادات.

اللخمي: قد تنزل مسائل لا تقبل فيها البينة بالفقر منها من عليه دين منجم قضى بعضه وادعى العجز عن باقيه وحالته لم تتغير، ومن ادعى العجز عن نفقة ولده بعد طلاق الأم وقد كان ينفق عليهم إلا أن تقوم بينة أنه نزل به ما نقله إلي العجز.

ابن فتوح: قال محمد بن عبد الله: كتب الموثقين أن المدين مليء بالحق الذي عليه حبس إن ادعى عدمًا لم يصدق وإن قامت بينة؛ لأنه مكذب لها، ويحبس ويؤدب إلا أن تشهد بينة بعطب حل به بعد إقراره، وذكره المتيطي في كتاب النكاح وزاد عن بعض شُيُوخه القضاة عن بعض القرويين أن البينة بالعدم تنفعه؛ لأنه في شهادته بالملاء مضطر لولا ذلك ما داينه أحد والذي عليه العمل وقاله غير واحد من الموثقين كفضل وابن أبي زَمَنَيْن وغيرهما أنه لا يقبل قوله: ولا تنفعه بينة ويسجن أبدًا حتى يؤدي دينه، وعلى الأول نقل ابن عات عن المشاور: ومن صالح رجلًا على دين بنقد، ثم ادعى العدم اتبعه في ذمته، وليس صلحه بالنقد يكذبه قوله: ولا تبطل بينته بالعدم؛ لأنه يقول: كنت أرجو سلفًا أو هبة ونحو ذلك.

قُلتُ: ظاهر قوله: أتبعه في ذمته أنه مع تمام الصلح وفيه نظر؛ لأنه إن كان على إسقاط بعض الدين ففي آخر الصلح منها أنه إن لم يعجل له ما شرط لم يلزمه الصلح، وإن كان على أخذ شيء من غير صنف الدين كان التأخير فسخ دين في دين، وإن

شهدت بينة بعدم الدين وأخرى بملائه فطريقان: المقدمات: إن لم تعين بينة الملاء مالاً في أحكام ابن زياد بينة بالملاء ثبت أعلم وإن كانت عدالتها أقل يحبس حتى تقوم بينة بجائحة أتت عليه، وهذا بعيد ولا يصح عندي إلا رواية أبي زيد أن ذلك تكاذب؛ لأن بينة العدم أثبت حكمًا هو تحليفه وتسريحه وبينة الملاء نفته، وإنما شبه كونها أعمل إن كان اختلافهما بعد أن أحلف وسرح؛ لأنها هنا أثبت حكمًا هو رده إلى السجن.

ابن عات: من سجن فشهدت بينة بعدمه وأخرى بملائه قيل: ينظر لأعدلهما، فإن تكافأتا بقي مسجونًا فكانت بينة الملاء أعمل، وقيل: يرسل من السجن حتى ينظر من حاله ما يوجب عوده للسجن، فكانت بينة العدم أعمل، وفي أحكام ابن زياد لأحمد بن غالب ومعاصريه: بينة الملاء أعمل، وإن كانت أقل عدالة.

وقيل: بينة العدم أعمل، ولو كانت أقل عدالة ولو قالت: بينة الملاء له مال ناض أخفاه قدمت اتفاقًا.

وسمع عيسى ابن القاسم: ليس على القاضي أن يسأل من حبس في الدين البينة أنه لا مال له؛ بل يسأل عنه أهل المعرفة به، فإن لم يجد له مالًا أخفاه خلى سبيله.

ابن رُشْد: هذا في المجهول الحال ولو سأله البينة على ذلك مضى.

قُلتُ: على هذا استقر عمل قضاة بلدنا لعسر سؤال القاضي أهل المعرفة بحاله؛ لأن القاضي لا يعرفهم.

اللخمي: اختلف في إخراج المفلس من السوق خوف أن يغتر أحد بمبايعته فروى محمد: من تعمد إتلاف أموال الناس أقيم من الناس، وقال الأخوان: لا يقام المفلس وهذا أحسن فيمن لم يتعمد إتلاف أموال الناس.

قُلتُ: في قوله: اختلف نظر لاختلاف محل المقالتين.

وفيها لابن القاسم: لا يحبس الابن في دين أبيه.

اللخمي: يحبس في امتناعه من نفقة ابنه الصغير، وكذا نقله ابن محرز.

زاد اللخمي والباجي عنه حبسه في المال لابنه فأبى من تسليمه.

اللخمي: إن كان عينًا وله مال يقدر على أخذه منه أخذ ولم يحبس، وإن ادعى الفقر كلف إثباته دون حبس فإن علم لدده وأحال له قدر ولا ظاهر له يقضى منه حبس إلا

أن يكون حقيرًا في الابن، ونقل ابن الباجي حبسه في نفقة ولده الصغير غير معين، ولا بن عبد الحَكم؛ بل كأنه المذهب قائلاً بأن ترك النفقة عليه ضرر وغيره يطلبه به، وقول ابن شاس: قال محمد: يحبس الوالد لولده في دينه إن شح به ظاهره في الولد الكبير والدين في الذمة، ومن تقدم إنما حكاه في نفقة الصغير أو المال يمنع من تسليمه، وهذا يقتضي كونه معينًا، وعليه.

قال ابن الحاجب في حبس والده: له قولان، فالأقوال بنقل ابن شاس ثلاثة.

وفيها: ويحبس للولد غير أبويه من الأجداد والأقارب، وفي كون تحليفه في حق يدعيه عليه مكروهًا ويقضي به أو عقوقًا ولا يقضى به، ثالثها: ويقضى به لنقل ابن رُشْد في سماع ابن القاسم في الأقضية عن ابن الماجِشُون في الثمانية مع ظاهر قول ابن القاسم في الأقضية، وأَصْبَغ في المبسوط، وروايتها في كتاب المديان مع الأخوين وابن عبد الحَكم وسَحنون في تحليفه وحده في ما يجب فيه الحد، وسماع عيسى ابن القاسم في الشهادة: يقضى له بتحليفه به وحده وهو عاق بذلك، ولا يعذر بجهل وهو بعيد؛ لأن العقوق كبيرة، ولو ادعى الأب على ابنه دعوى، فرد عليه اليمين أو كان له شاهدًا على حقه قضي بيمينه اتفاقًا فيهما، وكذلك إن تعلق بيمينه حق لغير ابنه كالأب يدعي تلف صداق ابنته والزوج يطلبه بالجهاز، أو الرجل يدعي على أبي زوجته نحلة في عقد نكاحه أو طلب الأب ابنه بالنفقة عليه وأثبت العدم هل يقضى له بالنفقة دون يمين؛ لأنه لا يمين لابن على أبيه أو بعد يمينه؛ لأنها يمين وجبت بالحكم والأمر فيها محتمل، وأحسب أني رأيت في ذلك خلافًا، والأظهر وجوب حلفه، وقولها: يحبس للولد غير أبويه من الأجداد والأقارب يدل على أن تحليفهم له كذلك؛ لأنه أخف وأنه دون الأب في البر كقول الطرطوشي؛ لأنه مثله كقول عياض وهو ظاهر قول اللخمي وأنه لا يحلف له حده أحسن؛ لأن له حرمة الأب.

وفيها: يحبس السيد في دين مكاتبه.

ابن محرز عن سَحنون: هذا إن كان الدين أكثر مما على المكاتب من الكتابة، وإن كان مثلها فأقل لم يحبس.

قال بعضهم: لأن السيد يبيع الكتابة بنقد.

ابن عبد الرحمن: بل يحبس بكل حال إذا لم يبعها؛ لأن الحاكم يضيق عليه لبيعها ولا يبيعها عليه الحاكم؛ لأنه لا يبيع إلا على مفلس.

قُلتُ: الحق أن البيع على المفلس جبري لحجره كالطلاق على المجنون عند وجوبه للزوجة والبيع على المدين اختياري؛ لوقفه على تمامه منه كالطلاق على الزوج إذا لزمت لعيب أو لعسر نفقة، فإن الحاكم يوقفه حسبما تقدم القول فيه، ويجبره على الرجعة فإن أبى ارتجع عليه الحاكم.

اللخمي: يحبس المكاتب في دين سيده من غير الكتابة لا في الكتابة إلا على القول لا يعجزه إلا الإمام، فإن له أن يسجنه أن يرى أنه كتم ما لا رغبة في العجز.

وفيها: حبس من فيه رق وأهل الذمة كالأحرار، ويحبس النساء في القصاص والحدود.

قُلتُ: تلقى الأشياخ بالقبول ما في ثمانية أبي زيد، ولا يسجن في الحدود إلا من سجن في دم.

قُلتُ: وكذا من لا يؤمن فراره دونه.

اللخمي: وحبس النساء بموضع لا رجال فيه ولا أمير عليهن امرأة مأمونة لا زوج لها أو لها زوج مأمون معروف بالخير.

قُلتُ: يؤخذ هذا من قولها.

قال مالك: أحب المواضعة على يدي النساء أو رجل له أهل.

الصقلي عن سَحنون: من سجن ليس له أن يدخل إليه امرأته؛ لأنه إنما سجن ليضيق عليه.

الصقلي: إلا أن تشاء امرأته الدخول إليه في سجنه في دينها؛ فلها ذلك.

محمد: لا يمنع من يحبس في الحقوق ممن يسلم عليه أو يحدثه، وإن احتاج في مرضه؛ لأمة تباشر منه ما لا يباشر غيرها تطلع على عدته، فلا بأس أن يجعل معه حيث يجوز ذلك، وإن حبس الزوجان في دين، فطلب الغريم أن يفرق بينهما، وطلب الزوجان اجتماعهما؛ فلهما ذلك إن كان السجن خاليًا، وإلا حبس مع الرجال وهي مع النساء.

قُلتُ: قول سَحنون: ليس إليه أن تدخل عليه امرأته هو قولها في نوازله.

قال ابن رُشْد: وقول محمد للزوجين: أن يجتمعا في السجن خلاف قول سَحنون وقول سَحنون أظهر.

محمد: ولا يفرق بين الأب من ابنه في السجن ولا بين الأخوة.

الصقلي عن محمد: ولا يخرج المحبوس للجمعة ولا للعيدين، واستحسن إن اشتد مرض أبويه أو ولده أو إخوته ومن يقرب من قرابته وخيف موته أن يخرج لهم إن أتى بكفيل بوجهه لا في غيرهم من القرابات، وعن المازري منع خروجه للجمعة لابن عبد الحَكم وكذلك جميع ما ذكره الصقلي هو لابن عبد الحَكم في النوادر.

المازري: قال بعض أشياخي: منعه من الجمعة؛ إنما هو على قول ابن رُشْد بقوله: الجمعة فرض كفاية، ورده المازري بأن لها بدلاً، وتسقط بالمطر على قول وأبيح التيمم إذا كثر ثمن الماء، فكذا الخوف على تلف مال الغرماء بخروجه للجمعة والأولى أنه لا يمنع منها إن أمكن خروجه لها مع عدم ضرر الغرماء، وللصقلي مع النوادر وابن عبد الحَكم لا يخرج لحجة الإسلام، ولو أحرم بحجة أو عمرة يقيم عليه بدين حبس وبقي على إحرامه، ولو ثبت عليه يوم نزوله مكة أو منى أو عرفة استحسنت أخذ حميل منه حتى يتم حجه، ثم يحبس بعد النفر الأول، ولا يخرج لنفير العدو إلا أن يخاف أسره أو قتله إن بنى بموضعه فيخرج لغيره، وإن قذف أخرج نحوه ورجع ورد، فإن مرض لم يخرج إلا أن يخرج عقله فيخرج، فإن عاد عقله رد.

روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن: أن رسول الله ﷺ قال: **«أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئًا فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء»**[1].

عبد الحق: هذا مرسل ووصله أبو داود من طريق إسماعيل بن عياش عن الزبيدي عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ نحوه، قال: **«فإن**

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 678/2 في البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم وأبو داود: رقم (3519) و(3520) و(3522) في البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه.

كان قضاه من ثمنها شيئًا فما بقي فهو أسوة الغرماء، وأيما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئًا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء»، وإسماعيل حديثه عن الشاميين صحيح، قاله ابن معين وغيره.

والزبيدي: هو محمد بن الوليد شامي حمصي، وحديث أبي داود من طريق أبي عصمة توج بن أبي مريم: **«إذا فلس الرجل ووجد رجل متاعه فهو بين غرمائه متروك»**.

أبو عمر: حديث الموطأ مرسل، ووصله عبد الرزاق عن أبي هريرة، وأصحاب ابن شهاب منهم من أوصله ومنهم من أرسله.

ابن رُشْد: إن فلس مبتاع سلعة قبضها فبائعها أحق بها ولو في موت مبتاعها، وإن قبضها فبائعها أحق بها في فلسه دون موته وثبوت عين المبيع ببينة على عينه أو بإقرار مبتاعها قبل تفليسه وبعده قولان، وعلى الأول في يمين البائع قولان، وعلى الثاني: يحلف القائم.

ابن القاسم: إن كانت بينته على الأصل قبل قوله في تعيينه، وعلى لغو تعيينه يحلف الغرماء ما يعلمونها للبائع.

ابن حارث: اتفقوا على أن من وجد نفس سلعته في تفليس مبتاعها أخذها عن ثمنها، فإن أراد غرماؤه أخذها بدفع ثمنها له بذلك لهم دونه، وفي دفعه من حيث شاؤوا وتعيين كونه من أموالهم، ثالثها: من مال المفلس لابن حارث عن ابن القاسم فيها وأشهب وابن كنانة، ورابعها: للمازري وابن رُشْد عن أشهب: ليس ذلك لهم إلا بشرط بزيادة على ثمنها يحطونها من دينهم عن الميت.

ابن حارث: ثم اختلفوا في ضمان السلعة، فقال ابن القاسم: مصيبها من الغريم، ودليل قول أشهب أنها من الغرماء؛ لأنهم إذا حطوا عن الغريم فإنما فدوها لأنفسهم.

وقال ابن حبيب: الخسارة عليهم والربح له، وسمع يحيى ابن وَهْب: إن منعهم المفلس من أخذها بدفع ثمنها، وقال: أخاف ضياعها فإن أردتم أخذها فمصيبتها منكم؛ فقالوا: بل منك؛ فمصيبتها منهم والربح له.

قُلتُ: ما عزاه لابن حبيب عزاه الصقلي مع ابن الماجِشُون وأَصْبَغ، وعزا ابن رُشْد الأول لابن القاسم مع روايته فيها، وعزا لابن وَهْب في هذا السماع إن قدر ما يرضى

به المفلس فله وعليه، وإن فدوها بغير رضاه فله وعليهم، ولأشهب: لهم وعليهم في الجلاب والموطأ: إن قبض بعض ثمنها فأراد أخذها ورد ما أخذ من ثمنها وليس له أخذ بعضها مما يلي له من ثمنها، ولو باع مشتريها بعضها فلبائعها أخذ ما وجده منها.

الباجي: عن ابن القاسم: من ابتاع ثلاثة أرؤس بمائة دينار قيمة أحدهم النصف والآخر الثلاثة الأعشار والآخر الخمس فض الثمن على ذلك ما وجد منهم له أخذه يرد منابه مما قبض.

ابن زرقون: هذا المشهور، وما أول ابن زرق ما في الموطأ على خلاف قول أبي الوليد، وأن البائع لا يأخذ ما وجد من السلع إلا برد كل ما قبض، وقال: هو خلاف سماعه في مسألة روايتي الزيت.

قُلتُ: حاصلها: أن ليس له أخذ ما أدرك من المبيع إلا برد منابه مما قبض، وكذا في عدة بيع سلع ابن زرقون، ومثلها: من اكترى دارًا باثني عشر مثقالًا ودفع كراء سنة وسكن ستة أشهر وفلس سمع عيسى تخيير رب الدار في إسلامه بقية السكنى، ويحاصص بالستة الدنانير الباقية، وأخذ بقيته السكنى ورد منابها مما قبض ويحاصص بما رد.

وفي الموازيَّة: إن شاء إسلام بقية السكنى رد منابها مما تبقى، ويحاص بتسعة دنانير وإن أخذ بقية السكنى رد منابها، وحاص بها الغرماء فألزمه رب المناب مطلقًا، وإنما ألزمه رد مناب السكنى إن سلمها؛ لأنها غير مقبوضة؛ إذ هي بعد في ضمان المكري لو انهدمت، ولا يعترض هذا بالسلعة المبيعة يفلس مبتاعها قبل قبضها من بائعها؛ لأن السلعة يقدر المشتري على ربها الآن، ولا يمكن ذلك في الكراء، وعلى ظاهر الموطأ وتأويل ابن رزق: ليس للمكري ارتجاع بقية السكنى لا برد الستة الدنانير، ولأبي زيد قول رابع: أن له أخذ داره ولا يرد شيئًا ويخص المقبوض بما سكن، وفي كون المقرض أحق بعين قرضه كالبائع قولا الصقلي ومحمد، وعبر عنه المازري في آخر كلامه بالمشهور.

اللخمي: بناءً على صحة قياسه على البيع ومنعه؛ لأنه فيه رخصة، ولابن رُشْد: أول سماع سَحنون مذهب ابن القاسم وروايته وعامة أصحاب مالك أن المقرض أحق

بقرضه خلاف قول محمد.

ابن محرز: ولو دفع الغرماء للبائع مناب ما وجد من مبيعه، ففي اختصاصهم به دون بائعه ومحاصته إياهم فيه قولا أشهب وأَصْبَغ مع ابن القاسم بناءً على حلولهم محل بائعه وكل دفعهم محض سلف قال كقوليهما في المأمور بشراء سلعة يدفع ثمنها من محض سلف، كما قال في المأمور بسلعة: يقبض ثمنها من عنده في كونه أحق بها حتى يقبض ثمنها قولا أشهب وابن القاسم وفي كون المحال ثمن المبيع على مشتريه كمحيله في أنه أحق بالمبيع في فلس مشتريه وكونه كسائر الغرماء نقلا اللخمي عن محمد وأَصْبَغ وابن القاسم بناءً على أن الحوالة معروفٌ وهو أصل أشهب، أو بيعٌ؛ وهو قول ابن القاسم، ومن اشترى ثمن سلعة ففلس مبتاعها؛ لأنها معروف الشَّيخ.

روى محمد: من أخذ سلعته في التفليس بعد رده ما قبض من ثمنها فوجد بها عيبًا حدث عنه مبتاعها لم يكن مشتري ثمنها أحق بها، ومن تصدق عليه بثمن سلعة كان أحق بها من سلف مبتاعها؛ فله حبسها أو ردها ويحاص بجميع ثمنها؛ لأنه لا يعرف ما كان رد من الثمن بعينه، وإن عرف بعينه مثل أن يكون طعامًا أو كتانًا أو غيره كان أحق به ويحاص بباقي ثمنها، وتلقاه ابن محرز بالقبول، وهو ظاهر في أن المكيل والموزون مما يعرف بعينه بعد الغيبة عليه في أحكام، وكانت نزلت وحكم بعض القضاة بأنه لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه في ابتياعه ضياع بفلس، وسئلت عن ذلك فتوقفت فيه ثم وجدت نص ابن رُشْد في الأجوبة على أن المكيل والموزون لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه فأفتيت به في هذا لا في استحقاقه؛ لأن خروجه من يد ربه فيه بغير طوعه، وبعد هذا تمام المسألة، وما حاص بثمن سلعة لبيعها مبتاعها ثم ردت بعيب ففي تمكينه من رد ما أخذ في الحصاص لأخذ سلعته، ومنعه ذلك سماع عيسى ابن القاسم، وتخريج ابن رُشْد: أن الرد بالعيب ابتداء بيع، قال: وهو أشهر قولا ابن القاسم، وكونه نقضًا هو أشهر قولي أشهب، وخرجه اللخمي على أنه حكم مضى من قول ابن حبيب: من اشترى سلعة فباعها، ثم ظهر على عيب بها فرجع بقيمته ثم ردت عليه لا يردها على الأول، قال: لأن رجوعه بالعيب حكم مضى، وقول ابن الحاجب: وقيل: حكم مضى؛ يقتضي أنه نص، وليس كذلك.

الشَّيخ: في الموازيَّة عن أَصْبَغ: وزراعة القمح فوتٌ، وكراء طحنه ونقله.

اللخمي عن محمد عن الباجي عن ابن حبيب: روى مُطَرِّف: عمى الجارية تغير، والجنابة عن موت، وكذا اعورارها، وخلق الثوب أو فساده، واللخمي في زيادات تأتي.

قال: وعلى فوت العبد بالهرم في الرد بالعيب يفوت في الفلس، وعلى رده له أخذه في الفلس، ويختلف في محاصته بنقل الهرم كقوله في الجارية: بعيب فيفلس مشتريها، وكبر الصغير فوتٌ، وعلى عدمه في الرد بالعيب لا يفوت في الفلس.

اللخمي: أرى أنه لا يمنع الرد بالعيب من حادث لا يمنع الأخذ في التفليس، واختلف في فوت الرد في الطحن وعدم فوته فيها بين لا سارته، قال: ولابن حبيب عن أَصْبَغ: خلط زيت فجل بفجل بزيت الزيتون أو نقي القمح بالمغلوث جدًا أو بالمسوس حتى يحول أو يفسد فوت.

قُلتُ: انظر مفهوم قوله: حتى يحول ويفسد؛ مع قول الباجي: خلط القمح بقمح روي يفوت، واختار اللخمي: أنه غير فوت، وهما شريكان بقيمة الجيد والرديء.

الشَّيخ: لابن حبيب عن أَصْبَغ: وجعل الزبد سمنًا، وقطع الثوب قميصًا أو ظهارةً، وجعل الخشبة بابًا، وذبح الكبش فوتًا.

الشَّيخ: روى أَصْبَغ: إن قطعت الثياب لا أدري، وقطع الجلود وجعلها نعالًا فوتٌ، وروى محمد: قطع الجلود خفافًا فوتٌ.

اللخمي: اختلف قول ابن وَهْب في صبغ الثوب ودبغ الجلد، وثبت على أنه غير فوتٍ، وسمع أبو زيد ابن القاسم: إن فلس مبتاع عرصة بعد أن بناها؛ فلبائعها المحاصة بثمنها أو شركته الغرماء فيها مبنية بقيمتها وهو قيمة بنيانها، وفي سماع عيسى في فسخ الغزل مثله.

ابن رُشْد: الفرق بين هذا وبين قطع الثوب والجلد؛ أن المنفعة والغزل قائم بعينه إلا أنه قد زيد فيه غيره، وقطع الثياب والجلود نقصٌ وإفاتةٌ لها، ومقتضى القياس على إجماعهم في الجارية يصيبها عورٌ أو عمى أو الثوب يخلق أو يبلى أن لربه أخذه بكل ثمنه إلا أن يكون قطعًا مفسدًا كقطعهما لما لا يقطعان لمثله إن وجدهما خيطًا وعملاً كان له أن يكون فيهما شريكًا كبناء العرصة.

ابن محرز: في فوت الثوب بقطعه قميصًا أو ظهارة قولان، ولو قطعا لما لا يصلح لمثله كان فوتًا، والقياس كان النسج فوتًا كمن غصب غزلًا فنسجه أو اشتراه فنسجه، ثم استحق، فإذا بطل حق المغصوب منه والمشتري؛ فالبائع في التفليس أولى، ونحوه للتونسي والصقلي، وقول ابن عبد السلام: ذكره بعضهم قولة لابن القاسم؛ لا أعرفه، ومقتضى قول الأشياخ؛ أنه القياس، عدم معرفته نصًّا لأحدٍ، وقول ابن رُشْد في سماع عيسى ابن القاسم: إن نسج الثوب غير فوت؛ لا اختلاف أحفظه فيه.

قُلتُ: والأولى عزو نقل ما هو غريب، وكان بعضهم يعلل تأكيد عزوه بوجهين.

الأول: سلامة ناقله من احتمال وهمه، الثاني: سلامته من غوائل مفسدات الأعمال.

قال: لأني وهمت عن بعض المؤلفين أن قصده بعدم عزوه بقاء إضافته إليه وذكر اسمه بذلك، ولما أجرى اللخمي فوت أخذ السلعة في الفوت على فوت رد العيب، قال: اختلف في فوت رده بالبناء، قال: فما عظم قدر نفقته فوتٌ، وما قل ليس بفوتٍ، ورده المازري بقوله: لما كان العيب من جهة البائع وأبهم بالتدليس حمل عليه أنه أسقط حقه في إمضاء البيع على ما هو عليه بأن يرضى به مشتريه أو ينقصه، والفلس لا يلحق البائع فيه تهمة تفريط ولا تفليس، في الموطأ تفسير ذلك أن يكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم، فيكون قيمة النفقة خمسمائة درهم، وقيمة البناء ألف درهم، فلصاحب النفقة الثلث وللغرماء الثلثان، وناقض المازري في قوله هذا في أصل المذهب في مستحق أرض بعد إحداث المشتري فيها بناءً على أن لمستحقها أخذها ببنائها، ويعطى قيمته قائمًا، فأخرج البناء على ملك بانيه جبرًا، ولم يخرجه عن ملكه في التفليس، وفرق بأن الاستحقاق أبان الباقي.

لابن القاسم في المدنيَّة: تعتبر القيمة يوم الحكم يقوم البناء جملة لا جدارًا جدارًا وخشبةً خشبةً، يقال: ما قيمة الدار مبنية؟ ثم ما قيمة البقعة براحًا؟ فيشتركان، رب البقعة بقيمتها ورب البناء بقيمته، وقاله ابن نافع.

قُلتُ: ظاهر أول كلامه أن المشتري يكون شريكًا بقيمة الدار مبنية مسقطًا منها قيمة العرصة، وهذا أكثر من قيمة البناء مجردًا، وهو خلاف ما في الموطأ، وآخر كلامه

كالموطأ، وفي المأذون منها روى ابن وَهْب: خلط الزيت بمثله غير فوتٍ كالدنانير بمثلها، وقال أشهب: هو في الدنانير فوتٌ.

اللخمي: خلط زيت الزيتون بجنس وأحدهما أجود غير فوت وهما شريكان بقيمة ما لكل واحد منهما.

الصقلي وغيره في الموازيَّة: من أشحا ابتياعه من رجل بعد ابتياعه من آخر وفلس فهما أحق بهما من الغرماء فيتحاصان في ثمنهما بقيمتهما.

قال ابن أبي مريم: وقف فيها محمد، وسمع سَحنون قول أشهب: خلط الدقيق فوتٌ.

ابن رُشْد: هو خلاف قول ابن القاسم وروايته وقول عامة أصحاب مالك، والقولان على الخلاف في المعين هل تتعين أم لا؟

وفيها: من ابتاع أمةً أو غنمًا ففلس وقد ولدت الأمة والغنم؛ فللبائع أخذ الأمهات والأولاد كالرد بالعيب، ولو ماتت وبقي ولدها فليس له أخذه إلا بكل الثمن.

ابن رُشْد: إن فاتت الأم أو الولد بموتٍ فالباقي كل المبيع اتفاقًا وإن قارب الولد المبيع ففي كون الأم كل البيع أو كمبيعه مع الولد، ثالثها: يأخذها ويأخذ بها أخذ ثمنًا للولد.

سماع عيسى ابن القاسم مع روايته وابن حبيب عنه، فجعل الولد في الأول غلة وفي الثاني كأمه، والثالث غير جارٍ على أصلٍ.

قُلتُ: عزا ابن زرقون الثاني ليحيى بن عمر عن رواية ابن القاسم، وذكر الثالث غير معزو كابن رُشْد.

اللخمي: قال مالك في الموازيَّة: يأخذ الأم بجميع الثمن؛ لأنه من غلاتها، وقال سَحنون: لا أدري ما هذا، يؤيد ابن القاسم؛ لأن القياس فيهما سواء كما إذا باع الأم فإنما يأخذ الولد بمنابه من الثمن.

وفي الجلاب: يأخذ الأم ويضرب بها ينوب الولد.

اللخمي: لم يرد مالك أنه غلة حقيقة، لو كان غلة لم يرد إن كان قائمًا ولم يكن للبائع أذى الأم؛ لأن الغلة في القيام والفوت سواءٌ.

قُلتُ: هذا يقتضي أن مالكًا قال: إنه غلة، ونص الرواية في النوادر على الموازيَّة: وكأنه غلةٌ.

قُلتُ: ثالث أقوال ابن رُشْد: أنه يضرب بها أخذ ثمنًا في الولد، وثالث أقوال اللخمي بما ينوب الولد ويغايرهما واضحٌ، فالأقوال أربعةٌ.

ابن رُشْد: فإن باع الأم دون الولد وأخذه البائع ففي ضربه بقيمة الأم أو بقدر منابها من الثمن روايتان الثانية كقول ابن القاسم في أصل المسألة ابن زرقون هو قول ابن القاسم ومشهور المذهب.

قُلتُ: لم يحك اللخمي غيره ولابن حبيب عن ابن حبيب عن ابن القاسم ما أخذ في قتل أحدهما كثمنه.

اللخمي: إن وجد عبده بعد أخذ المفلس أرش موضحته وعوده لهيئته فأرشه لهيئته ولو لم يعد لها رده في العيب وأخذ الباقي في الفلس بمنابه في الثمن وحاصص بالباقي ولو نقص المبيع بسماوي ففي أخذه الباقي بمنابه في الثمن أو بجميعه روايتان ولو لبس المفلس الثوب حتى خلق ففي أخذه بكل ثمنه أو منابه، ثالثها: وفيها ما جزه المفلس من صوف وحلبه من لبن فما استرده بائعه منه لفلسه لا شيء لبائعه فيه لقول مالك الصوف في الزكاة غلة بخلاف تام الصوف يوم البيع، وما أبر من ثمر يوم البيع ولمؤجر، وقال غيره: أن جد فهو غلة وقاله أشهب في الصوف ونقلها أبو سعيد، وقال غيره: إن جد الثمرة وجز الصوف فهما كالغلة وفي لفظ الصقلي، وقال أشهب: بدل غيره زاد، وقال يحيى: إن جدها تمرًا رد مكيلته وإن جدها رطبًا رد قيمته.

الصقلي: يريد: إن فات قال: وله أجر سقيه وعلاجه ابن حبيب لا نفقة له؛ لأنه إنما أنفق على ماله وما في ضمانه.

الصقلي: إنما يصح قول يحيي في الرد بالعيب، وإن فاتت الثمرة في الفلس لم يكن للبائع مثلها ولا قيمتها؛ لأن عين نسئته ذهب فيأخذ النخل بما ينوبها من الثمن ويحاص بما ينوب الثمرة.

ابن رُشْد: في كون ما حدث بعد العقد من ثمن غلة لمبتاعه بجده أو بطيبها قولها، وسماع عيسى ابن القاسم: ويتخرج كونه كذلك بالإبار وباليبس من قول أَصْبَغ في

البيع الفاسد إنه كذلك في الإبار، وفي الموازيَّة في الاستحقاق: إنه باليبس وما استدره البائع لكونه غير غلة لمبتاعه بعد سقيه وعلاجه غرم قيمتها لمبتاعه وجدت في بعض الكتب القديمة لابن القاسم، ولا غرم عليه لسقيه وعلاجه.

ابن محرز: إن كانت الثمرة يوم البيع قد أبرت، وفاتت قبل التفليس مضت بما ينوبها من الثمن خلاف قولها: إن اشتراها وقد أبرت فوجد بالنخل عيبًا، وقد جد الثمرة ليس له رد النخل دونها؛ لأنه مختار للرد، فإن رد النخل دونها كأن بيع التمر قبل بدو صلاحه وفي النوادر، وظاهره من الموازيَّة.

قال مالك: من باع ثمن حائطه في رؤوس النخل، ثم فلس مبتاعها بعد يبسها لأخير في أخذها بائعها، وأجازه أشهب واختلف فيه قول مالك في العتبيَّة، وأخذ أَصْبَغ بنهي مالك عنه ابن حبيب، وقال أَصْبَغ في الآبق: ليس لبائعه أخذه بثمنه وبه أقول وسمع أبو زيد وعيسى ابن القاسم وهو في الموازيَّة ليس لبائعه أن يحاص بثمنه على أنه إن وجد العبد أخذه، ورد ما حاصص به إما أن يرضى بطلب العبد لا شيء عليه له غيره وإلا حاصص إلا أن يعطيه للغرماء ثمنه.

ابن حبيب لأَصْبَغ عن أشهب: له ترك الحصاص ويطلب عبده، فإن لم يجده رجع بحصاص الغرماء.

قُلتُ: ذكر ابن رُشْد اختلاف قولي مالك في أخذه بعد يبسيه من سماع أشهب، وفي السلم والآجال: واختيار إجازته، وفي السماع المذكور: تخيير بائع العبد إن فلس مبتاعه، وتواين في المحاصة وفي طلب العبد، فإن لم يجده رجع يحاص الغرماء، وفيه نظر؛ إذ لا حد لوقت طلبه الذي يجب ببلوغه الرجوع بمحاصة الغرماء أو الرجوع على كل واحد بما يجب له لو حاصهم، وفي سماع عيسى ابن القاسم في كتاب المديان: إن رضي بطلب العبد وترك المحاصة، فليس له أن يرجع إليها إن لم يجد العبد كما إن اختار محاصتهم؛ فليس له إن وجد العبد أن يرده، ويرد ما أخذ في المحاصة.

المازري: وعلى المشهور أن الثمرة والصوف التامين يوم البيع حصة من الثمن إن قام بعد الجد والجز؛ فالمشهور أن الصوف إن كان قائمًا رده مع الغنم، ولا يرد الثمرة مع الأصول، ويعسر الفرق بينهما، وأقصى ما يفرق به أنه لو ردت الثمرة إلى البيع الرطب

بالتمر، ولا سيما على القول أن يأخذ السلعة في التفليس كابتداء شرائها، وأن تغيير فسادها يخرجها عن كونها العين المبيعة والصوف إذا جز صار كسلعة ثانية مع أصله.

قُلتُ: وفرق الصقلي بأن التمر لما لم يدخل في البيع إلا بشرط أشبه مال العبد وجده كانتزاعه، والبائع لا يأخذ مال العبد بعد انتزاعه، فكذا الثمرة بعد جذها، والصوف لما دخل في البيع دون شرط كان كجزء من المبيع ويجزه كتجزئة المبيع؛ فلا يمنع أخذ جميعه والروايات واضحة بأن البائع إن وجد بعض مبيعه أخذه بمنابه من الثمن.

الشَّيخ والصقلي: روى محمد وابن حبيب: ولو وجد ربع المبيع؛ فله أخذه بعشر الثمن، ويحاص بباقيه ولما اختصره ابن الحاجب بقوله: وليأخذ بعض المبيع ويحاصص فيما يخص الغائب.

قال ابن عبد السلام: هنا بين على أن رد السلعة في الفلس كابتداء بيع ثان، وعلى أنه نقض بيع ينبغي أن يفصل في السلعة الغائبة بين أن تكون وجه الصفقة، وهي من ذوات القيم أو لا تكون كذلك، ومسألة مالك كذلك وسلك بالمسألة استحقاق بعض المبيع فتأمله.

قُلتُ: الصواب الجائي على القاعدة عكس ما قاله، وبيانه أنه على أنه ابتداء بيع يكون البائع مشتريًا ما استرده بمنابه من الثمن باختياره لا جبرًا، فيكون كمن استحق من يده ما أوجب له الخيار؛ ففي بقي بيده، فإن كان الباقي من ذوات القيم؛ فالمشهور أنه ليس له التماسك به بمنابه من الثمن لا بنشوء، والقول الآخر جوازه يلزم مثله في أخذ البائع ما وجد بمنابه من الثمن، وعلى أنه نقض بيع يصير ما يأخذه البائع من ذلك باستحقاق، ولا خلاف أن هذا لا يراعى فيه قيمة ولا جمع قدر عوض؛ إذ لا عوض له فتأمله منصفًا، وقوله: يفصل في السلعة الفائتة بين أن تكون وجه الصفقة وهي من ذوات القيم، أو لا تكون كذلك كاستحقاق بعض السلعة غلط، وبيانه أن كون الشيء وجه الصفقة معتبر في الفائتة، ووصف كونه في ذوات القيم؛ إنما هو معتبر في الباقي بعد الاستحقاق والروايات ناطقة بذلك، فجعل كونه معتبرًا في الفائت وصح فتأمله منصفًا، وموت الولد دون أمه وعكسه تقدم، واستهلاك مبتاع العبد ماله بعد انتزاعه،

كما لم يكن في أخذه بائعه في تفليسه، ولو انتزعه وهو قائم، ففي كونه كذلك أو كما لم ينزعه.

نقل ابن رُشْد: وظاهر سماع ابن القاسم ابن رُشْد هذا فيما اشتراه به أو كسبه بتجر أو عطية من غير مبتاعه وما وهبه إياه مبتاعه أو أكتسبه عنده من عمل يده؛ فلا حق فيه لبائعه في التفليس إن أخذه ولا في الرد في العيب إن رد عليه.

الشَّيخ: سمع ابن القاسم: إن فلس مبتاع عبد بعد رهنه فلبائعه فداؤه والمحاصة بما فداه به، وروى محمد مثله في الجناية ولا يحاص بفدائه؛ لأنه في رقبة العبد لا في ذمة مبتاعه، وفي قول ابن الحاجب تابعًا لابن شاس في شروط الرجوع بعيب أو في التفليس أن يكون بمعاوضة محضة؛ فلا يثبت في النكاح والخلع والصلح؛ لتعذر استيفاء العوض نظر لأن المفروض في كلامهما الرجوع لعين المال لا لعين العوض والعوض في النكاح والخلع والصلح على الإنكار غير مال أما لو كان المفروض الرجوع للعوض لأمكن ذكرها على أن أصل المذهب لم يذكروا هذه المسائل في هذا الأصل فيما رأيت؛ وإنما ذكرها فيه الغزالي فتبعاه، ولو فلس من حلت له أمة بعد وطئه إياها ففي أحقية محللها بها ومنعه منها وقف ابن العطار فيها، وجزم ابن عبد الرحمن بمنعه.

وفيها مع غيرها: هبة الثواب في ذلك كالبيع، ونجيب أن يذكر في شروط أخذ المبيع في التفليس كونه تفليس حي لا ميت، وكأنهم رأوا خصوص صدق التفليس على الحي، وسمع عيسى رواية ابن القاسم إن وقف الإمام في مال المفلس دابة لبائعها، فمات المفلس قبل أخذها بائعها فهو أحق بها ولو لم يوقفها له كان أسوة الغرماء ابن رُشْد هذه المسألة مفسرة لقولها في الهبات.

قُلتُ: زاد الشَّيخ: رواية مُطَرِّف: من ادعى دابة بيد مفلس أنه باعها منه، وأقام بينة فمات المفلس قبل أخذها فهو أحق بها.

وفيها مع غيرها: إن فلس مشتري منافع قبل قبضها؛ فبائعها أحق بها في المقدمات، ويفسخ العقد كسلعة بيد بائعها، وإن فلس بعد قبضها، وإن كانت منافع أجير زرع؛ ففي كونه أحق بزرعها في أجرته، ثالثها: في الفلس لا الموت لابن رُشْد عن أَصْبَغ مع ابن الماجِشُون في الواضحة وابن القاسم في الموازيَّة والمخزومي وابن القاسم

مع روايته.

فيها وفي غيرها: قال: وكذا الثالثة في مكري أرضها؛ لأن المعنى فيها سواء وإن اجتمعا فعلى أنه أحق في تحاصهما وتبدئة رب الأرض على الأجير، ثالثها: العكس.

قُلتُ: عزا الصقلي الأول لرواية أشهب والثاني لرواية ابن القاسم قائلا قال أَصْبَغ اختلف فيها أصحابنا بمصر، وأحب ما فيه إلي أن يتحاصا في الموت والفلس، ويقدمان على الغرماء.

قُلتُ: فيدخل عزو الثالث في عموم قوله اختلف فيها أصحابنا على أن الصقلي لم يصرح بوجود القول الثالث، والمازري إنما ذكر في المسألتين القولين الأولين فقط.

التونسي: لو ولي مكتري الأرض عمل الزرع لتمامه ففي أحقة رب الأرض بكل الزرع أو بمنابه في محاصته أجيرًا عليه لو كان نظر.

الصقلي: الأظهر منابه في محاصته.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: لو عجز أجير الزرع، فاستأجر مكتري الأرض أخرتم به الزرع كان ما فضل عنه وعن رب الأرض من الزرع للأجير العاجز دون الغرماء.

المازري: لو اجتمع رب الأرض وأجير ثان تم به عمل الزرع فنص الرواية قصر المحاصة عليهما، وتخرج فيهما معادة الأجير الأخير رب الأرض بما يجب للأجير الأول في المحاصة من معتادة شقيق جد الأخ لأب.

اللخمي: في تقديم الأجير الذي به تم الزرع على الأول ومحاصتهما ثالثها: يقدم الأكثر منهما.

الشَّيخ: روى أشهب في الموازيَّة وسطرت في الواضحة: من اكترى أرضا يزرعها فاستأجر أجيرًا ورهن الزرع.

قال ابن حبيب: وقبضه المرتهن ثم فلس فرب الأرض والأجير يتحصان دون المرتهن.

وروى أَصْبَغ عن ابن القاسم في العتبيَّة مثله وقاله أَصْبَغ وتلقاه الأشياخ بالقبول.

وتعقبه ابن عبد السلام: بأن رب الأرض، والأجير إن جعلا كمن وجد سلعته في التفليس بعد خروجها من يده لزم تقديم مرتهنها عليهما، وإن جعلا كمن لم يدنها لبطل

الرهن فيها والفرض صحته، وحوزه هذا أخلفه، ويجاب باختيار الثاني، ومنع كونه ملزوما بخلاف الغرض، وبيانه أنهما فيما يستغرقه حقهما من الزرع كمن لم يخرج سلعته من يده ضرورة كون الزرع في أرض رب الأرض وهي كيد وبقاء يد الأجير على الزرع، والرهينة في هذا القدر باطلة ممنوع فرض صحتها فيه دينار، أو على ذلك الرهينة فيه تامة، وهو المسلم فرض صحة رهنه، ثم قال: ما نصه في قولهم: إن بعض الغرماء أحق في الموت نظر لا يحتمله أصل المذهب؛ لأنهم شبهوا من حكموا له بهذا الحكم ببائع لم يخرج سلعته من يده ولم يضطره حكمه؛ لأن حكم من لم تخرج سلعته من يده ومشتريها عديم بيعها على ذمته زيادة ثمنها على اشتراها فيه ونقصه عنه له وعليه ولم يحكموا في مسألة الزرع وشبهها بهذا؛ بل قالوا بأخذ البائع السلعة عوضًا عن ثمنه، ويصير كنقص البيع.

قُلتُ: هذا كالنص بأنه فهم أن معنى اختصاص رب الأرض والأجير أو أحدهما بالزرع أخذه قل ثمنه أو كثر في الكراء والأجرة وهو وهم؛ لأن الرواية في الواضحة، وسماع أبي زيد نص بأن الأجير إنما يستحق من الزرع قدر أجرته، وما فضل فهو لغرماء المفلس، ونقله الصقلي وغيره، وإنما جعلوا أخذ السلعة نقضًا للبيع في غير الأجير والمكتري، وأخذًا بظاهر الحديث، ولم يشبهوا هذا بمن أعدم مبتاع سلعته قبل قبضها.

وفيها مع غيرها: أجير رعاية الإبل أو رحلتها أو علف الدواب أسوة الغرماء في الموت والفلس.

ابن حارث: قال لقمان بن يوسف: قرأت على عبد الجبار بن خالد كلام ابن القاسم: أن الراعي أسوة الغرماء فقال لي: معناه: إن كان يردها لبيتها، وإن كانت باقية في يده ومنزله فهو كالصانع.

الصقلي عن محمد: ومثل الأجير على رعاية الإبل الحارس، وأجير الخدمة أو على البيع في حانوتك بزًا أو غيره.

اللخمي عن ابن الماجِشُون: الأجير فيما أرسل فيه، وخلا به دون ربه أحق في الموت والفلس، وكذا الجعل في الأبق والشارد، وحلب الماشية والراعي فيما يتباعد به عن صاحبه، وكذا الأجير على حلب قال من مكان.

الصقلي عن الموازيَّة: من استؤجر على درس زرع ببقرة فهو أولى بالأندر؛ لأنه لا ينقلب به ربه بخلاف صانع استعملته في حانوتك إذا كان الليل انرف.

وفيها :جميع الصناع أحق بما في أيديهم في الفلس والموت.

ابن رُشْد في رسم العارية من سماع عيسى: إن فلس مبتاع عمل نقط، والمعمول بيد عامله هو رهن بأجرته اتفاقًا، وبعد دفعه ولا بينة بيننا أجرته لا حصاص له بها فإن كانت بينة بأنه دفعه له فيأتيه بأجرته فالمشهور كأحد غرمائه.

ولأبي زيد عن ابن القاسم: يخير في المحاصة بأجرته، وتركها لشركته فيه بقيمة عمله، وإن فلس مبتاع عمل، وما به يعمل فالعامل في عمله كما مر، وفيما به عمله كسلعة مبينة كالصباغ يصبغ الثوب بصبغة، والرقاع يرقع الثوب برقاعه فما أخرج من ذلك كسلعة مبيعه اتفاقًا، وعمل يده هو أحق به على رواية أبي زيد يخير في أن يكون أسوة الغرماء بكل أجرته، وأن يكون أحق بقيمة ما فعل في السلعة من صبغ أو رباع وبقيمة عمل يده يكون بكل ذلك شريكًا للغرماء في السلعة إن كانت قيمتها غير معمولة عشرة، وقيمة ما أخرج فيها خمسة وقيمة عمل يده خمسة كان شريكًا فيها بالنصف، والقيمة يوم الحكم على نص هذا السماع ولابن القاسم في الموازيَّة يكون شريكًا بما زاد عمله فيها من صبغ وغيره، وهو بعيد؛ إذ قد يزيد عمله فيها أضعاف قيمته، وقد لا يزيد إلا بعض قيمة عمله، وقد لا يزيد شيئًا، وقد نقض قيمتها؛ فالقياس كونه شريكًا بقيمة ما أخرج من صبغ وعمل يوم الحكم، فأخذ البائع سلعته في التفليس زادت قيمتها أو نقصت، وعلى سماع عيسى وهو المشهور لا يكون أحق إلا بقيمة ما أخرج، وقيمة عمله يكون به أسوة الغرماء.

وقيل: لا يكون له فيه شيء؛ وإنما يخير في الحصاص بكل أجرته، وفي كونه شريكًا في السلعة بقيمة ما أخرج فيها فقط دون عمل يده، وهو ظاهر هذا السماع ولا يحتمله القياس.

الشَّيخ لابن حبيب عن أَصْبَغ: إن حاط له فتوقًا ورقاعًا.

فإن قلت: فهو أسوة في الموت والفلس، وفي عكسه أحق في الفلس فقط، وإن تناصفنا؛ فلكل حكمه، ولما ذكر اللخمي القولين في كونه شريكًا بقيمة الصبغ أي: بما

زاد قاله، فإن لم يزد كان أسوة؛ لأنه لا يختار إن لم ترد إلا التسليم والحصاص.

وفي الموازيَّة: هو أحق بما زادت قيمة الصبغ يكون شريكًا به، وما بقي له حاص به داري أن يكون أحق بصنعته؛ لأن المشتري هو الموجود من الخياطة والصبغ، وقبل أن يسلم كانت المصيبة منه؛ لأنه في معنى الشيء القائم، ويكون شريكًا بما زادت الصنعة ليس بقيتها؛ لأن الثوب غير المقصود بالشراء، وكثيرًا ما يكون الصبغ غير مقصود بالشراء، ولو كان أبيض كان الثمن والخياطة الأشبه أن يكون شريكًا بقيمتها؛ لأنه لو قام بعد القطع وقبل الخياطة لأخذ جميع الثمن، ولم يحط الأجل القطع شيئًا؛ فالخياطة تزيد على قيمته مقطوعًا ولا يشتري إلا ليخاط.

قُلتُ: فبائع منفعة يده إن لم يحز ما فيه عمله تأخير وإن حازه، ولم يخرج فيه من عنده شيئًا فصانع فقط، وإن أخرج فيه فصانع بائع وأحكامها تقدمت، فإن فلس مبتاع عمل وما به يعمل، ولم يرض البائع بالمحاصة، ففي كونه شريكًا بقيمة عمله، وما به يعمل أو بما زاد، ثالثها: بقيمة ما به العمل، ويحاص بقيمة عمله، ورابعها: لغو قيمة عمله، وخامسها: بما زاد ويحاص بما بقي له، وسادسها: في الصبغ بما زاد لاختلاف الأغراض في تحصيله، وفي الخياطة بالقيمة لإبقائها على تحصيلها.

لابن رُشْد عن أبي زيد عن ابن القاسم وعنه في الموازيَّة وسماع عيسى ابن القاسم مع المشهور، ونقل ابن رُشْد ونقل ابن الحاجب مع ابن شاس، واختيار اللخمي، وقول ابن الحاجب وابن شاس: والصباغ والبناء والنساج شريك بقيمة ذلك، فلو أقبضه فيما زاد ويحاص بما بقي، وقيل: يفسخه نص في كون الصياغة، ومن ذكر معه يكونان شريكين في المصنوع قبل دفعهما إياه ولا أعرفه؛ بل هما أحق به في أجرتها كالرهن حسبما قاله ابن رُشْد وغيره.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من دفع لصانع سوارًا يعمله له، ثم آخر، ثم فلس الدافع بعد قبضه أحدهما، وقبل دفعه أجرتها؛ فللصانع نفس ما بيده في أجرته فقط لا في أجرتها كان دفعها معًا أو مفترقًا.

ابن رُشْد: إن كان استعماله إياهما في صفقة واحدة؛ فله حبس ما بيده في أجرتها معا؛ لأنه استعملها معًا صفقة واحدة بأجرتها معًا كمرتين عبدين بعشرين درهمًا دفع

أحدهما للراهن؛ ليدفع له نصف حقه، فلم يفعل حتى فلس؛ فهو أحق بالباقي بيده حتى يستوفي كل حقه اتفاقًا، فقوله: كان دفعهما معًا أو مفترقًا غير صحيح وقع على غير تحصيل.

قُلتُ: يرد ما زعمه من عدم صحة السماع؛ لأن المماثل لمسألة السوارين في عقد واحد أنه سمى لكل سوار قدرًا من الأجر، والمماثل للصورة التي احتج بها من الرهن مواجرته على السوارين بقدر غير مخصص بعضه بأحدهما وحكم هذه الصورة هو كما ذكروا ما إذا رهن السببين صفقة واحدة أحدهما في عشرة والآخر في عشرة ثم دفع أحدهما، فالباقي إنما يكون رهنًا في القدر الذي سمى كونه رهنًا فيه لا في كل الدين المذكور فتأمله.

وسمع أبو زيد ابن القاسم إن فلس مكتر على حمل متاعه إبلاً، والمتاع على الإبل فالجمال أولى به، وكذا مكتري السفينة.

ابن رُشْد: إن أسلم المتاع ربه إلى الجمال ليحمله على حمالة فهو أحق بالمبتاع إن كان بيده في فلس ربه ومتوته اتفاقًا؛ لأنه كرهن بيده، ولو سلم الجمال الإبل لمكتريها يحمل عليها متاعه ففلس قبل حوزه متاعه، ورد الإبل للجمال؛ فالمشهور أن الجمال أولى بالمتاع في كرائه.

وفيها: تعليله بأنه إنما بلغ على إبله والعلة الصحيحة أنه كالرهن ويتخرج فيها أنه أسوة الغرماء في الموت والفلس؛ إذ ليس المتاع في يده رهنًا ولا هو عين ما باع، ويتخرج له أنه أحق في الفلس دون الموت؛ لأن حمله المبتاع من بلد لبلد على الإبل تنمية له فأشبه اكتراؤه ابتياعه، وهذا على قياس كون رب الأرض أحق بالزرع في الفلس دون الموت.

قُلتُ: ما خرجه أولاً هو تخريج اللخمي من قول الغير في الراحلة المضمونة لا يكون متكريها أحق بها؛ لأن المتاع المحمول لا يتعين قال: هذا إن كان أبرز المتاع له، ولم يحمله، وإن فلس بعد بلوغ المبتاع، فإن كان الجمال يخلو بالمبتاع وعونه؛ فهو أحق به في الموت والفلس وإن لم يجزه، فقال ابن القاسم: هو كذلك، وعلى قول عبد الملك يكون أسوة؛ لأنه لم يغل به، وهو أبين، وقد يحمل قول ابن القاسم على أن زيادة سوق البلد

الذي حمل إليه في المبتاع أكثر من الكراء، وإن كان أقل لم يكن أحق إلا بالزيادة في الفلس لا الموت.

وفي المقدمات: رب الإبل أولى بالمتاع؛ لأنه قابض له يكون على ظهور دوابه، ولو أسلمها للمكتري، وهو كرهن يده ما لم ينقض الكراء، ويحز المتاع ربه وكذا السفينة.

وفي العتبيَّة: بيان أنه إنما يكون أحق بها في سفينته أو على ظهور دوابه، وتأول أحمد بن خالد المدَوَّنة على أنه أحق ولو قبضه؛ يريد: وفارق ظهور الدواب؛ لتعليلها بأنه إنما بلغ الموضع على دوابه، وهو بعيد غير حار على القياس.

وفيها: مع سماع أبي زيد ابن القاسم أرباب الدور والحوانيت فيما فيها من أمتعة أسوة الغرماء في الموت والفلس.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قُلتُ: هذا خلاف نقل الصقلي هذا قول الجماعة إلا عبد الملك حصل الدور والحوانيت كالدواب.

ونقله المازري وعبر عنه بابن الماجِشُون.

قُلتُ: وفي النفس من هذا النقل شيء لأني طالعت هذه الترجمة في النوادر، ولم يذكره الشَّيخ بحال.

قال: وروى محمد: رب الدار أحق ببقية السكنى إلا أن يعطيه الغرماء منابه أو يكروها، ويحاصهم في كرائها بمناب ما مضى بعد احتصاصهم منه بما فدوا به باقي المدة.

ابن القاسم: إنما يكون رب الدار أحق بباقي المدة في الفلس لا الموت، وفي آخر الدور منها مكتري الدابة المعينة أحق بها في الفلس والموت؛ كمبتاع طعام معين مات بائعه قبل كيله.

وقوله ابن رُشْد آخر سماع ابن القاسم من الرواحل: هذا إن نقد كراها، وإن لم ينقد؛ فله نسخ كرائها، ويكون أحق بها عليه من الكراء بشكل؛ إذ قد يحول الكراء الرخص.

وفي آخر الدور منها: إن فلس الجمال؛ فالمتكري أحق بالإبل حتى يتم حمله إلا أن

يضمن له الغرماء حملانه، ويكتروا له من أملياء، فيأخذوا الإبل لبيعها في دينهم.

قال غيره: لا يجوز أن يضمنوا حملانه.

عياض: قال بعض الشُيُوخ: هذا في المعين، ولا يختلف في جواز الضمان في المضمون.

وقال آخرون: إنما الخلاف في المضمون للاختلاف هل هو أحق به أو لا، وأما المعين فلا يختلف أنه أحق به، ولا أنهم ليس لهم ضمانه ولا يلزمه.

قال: واختلف إن تراضعوا بذلك هل يجوز أم لا؟ وهذا ظاهر قول سَحنون لقوله معنى المسألة: إذا كان الكراء مضمونًا ومكتري المضمونة قبل قبضها أسودة.

الصقلي: عن ابن القاسم في الموت والفلس: وبعد قبضها طريقان.

المازري: وفي كونه أحق مطلقًا أو اسوة قولا ابن القاسم فيها مع قوله في غيرها، ولو كانت تدار تحت الراكب وغيره قال: بناء على تموينها بقبضها؛ إذ ليس له نزعها منه ولغوه؛ لأنها لو ماتت لزمه إتيانه بغيرها.

وفي نقل الصقلي: ثالثها: لأَصْبَغ إن كانت تدار فهو أسوة وإلا فهو أحق وناقض قوله مالك: أنه أحق، وإن كانت تدار بقوله في الأجير لرحله الإبل وعلوفها: إنه أسوة. قال: هو اختلاف قوله: داري إنه أسوة.

ابن حبيب: الصواب قول مالك: ولا فرق بين أن يديرها بينهم أو لا ومن هي بيده يوم الفلس أولى وليس كأجير الرحلة والعلوفة؛ لأنه لم يتعلق له حق بعين الدواب والمكتري تعلق له بالإبل حق.

وسمع ابن القاسم في الرواحل: تكتري الإبل ومكريها يديرها تحتهم أحق بها في فلس مكريها.

ابن القاسم: وهو رأيي.

سَحنون: هذه جيدة، ولو كانت الإبل مضمونةً؛ لأنه كلما قدم الكري لرجل جمال لكان كراؤه وقع عليه.

ابن رُشْد: مثله سمع ابن القاسم في المديان والتفليس، وفي الرواحل والدواب منها، وهذا إن كان نقده وإن لم ينقده حيز في النقد، ويكون أحق.

وفي فسخه الكراء عن نفسه، ويكون أحق بما عليه لا أعلم في هذا خلافًا إلا قول الغير فيها ليس الراحلة بعينها كالمضمونة.

قيل: إنه أراد ليست كالمعينة في أنه أحق بها في التفليس.

وقيل: في اختلافهما في الكراء.

والظاهر: أن فيهما معًا ولو فسخ بيع سلعة لفساده وبائعها مفلس، ففي كون مبتاعها أحق بها في ثمنه طريقان:

الأولى: ثالثها: عن النقد لا الدين للشيخ عن سَحنون، ومحمد وابن الماجِشُون.

الثانية: لابن محرز قولان لابن الماجِشُون ومحمد، واتفقوا إذا كان الشراء بدين لا يكون أحق بالسلعة، وعارض بعض المذاكرين هذا بمن أعطى رهنًا قبل الأجل على أن يؤخره بالدين بعد الأجل، ولم يفطن له حتى دخل في الأجل الذي أخره إليه أن الرهن يكون بالدين، وإن كان فاسدًا لما كان تأخيره بسببه فكذا هذا.

فإن قلت: معنى الشراء إلى الأجل في القول الثالث: أن المؤجل هو الثمن أو السلعة.

قُلتُ: ظاهر لفظ ابن محرز الأول، وظاهر نقل الشَّيخ في النوادر، وفي آخر كلام ابن الماجِشُون الثاني قال عن ابن الماجِشُون ما نصه: إن باعها بنقد فمبتاعها أحق بثمنها حتى يستوفي حقه، وإن أخذها بدين دخل على الغرماء في ثمنها كأنه كان له دين لدينهم فرجع لما كان.

قُلتُ: فظاهر قوله: إنه كان له دين كدينهم نص أن ثمنه كان له دينًا كدينهم، فرجع إلى ما كان على المفلس، وهذا لا يتقرر إلا والسلعة مؤخرة، ولم يحك ابن رُشْد غير قولي سَحنون ومحمد، وكذا المازري ولم يعزها، ولابن رُشْد في سماع عيسى على أن الرد بالعيب نقض بيع.

قال ابن القاسم في الموازيَّة: من رد عبدًا ببيع فيلس بائعه والعبد في يده قبل قبض الراد ثمنه، ولا يكون أحق به من الغرماء، وعلى أنه ابتداء بيع يكون أحق به.

قُلتُ: انظر قوله: والعبد في يد البائع قبل قبض الراد ثمنه قبض في أنه بعد الراد.

وقال اللخمي: من رد عبدًا بعيب، فلم يأخذ ثمنه حتى فلس بائعه كان أسوة،

واختلف إن لم يرده حتى فلس البائع هل هو أحق به، فيباع له، أو يكون أسوة، واختلف على أنه أسوة.

قيل: يخير في حبسه، ولا شيء له من العيب أو يرده ويحاص، وقيل له: حبسه، ويرجع بقيمة العيب لضرر المحاصة أو رده، وتبع المازري اللخمي في كيفية نقله، ولفظ الشَّيخ في النوادر مثل لفظ ابن رُشْد فاعلمه.

وفيها: إن تغيرت هبة الثواب بيد الموهوب بزيادة أو نقص في بدن، وقد فلس؛ فللواهب أخذها إلا أن يدفع الغرماء له قيمتها.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه القرويين: إن كانت قائمة؛ فالواهب أحق بها من الغرماء في الموت والفلس، وإن فاتت؛ صار كالبيع لوجوب القيمة فيها كالثمن في البيع، فيكون أحق بها في الفلس لا الموت، وسمع عيسى ابن القاسم: وطء الموهوب له الجارية في هبة الثواب فوت يوجب قيمتها، ويمنع اعتصار الأب إياها، ولا يمنع أخذ واهبها إياها في التفليس.

ابن رُشْد في النوادر عن سَحنون عقب هذا: لا أدري ما هذا يريد ما الفرق بينهما والفرق بينهما عندي بين وهو أن الوطء في هبة الثواب والاعتصار فوت للتهمة على عارية الفروج لا الرد فيهما اختياري والتفليس لا تهمة فيه؛ لأنه خوف ضرر الحاصص.

[باب في دين المحاصة]

ودين المحاصة: ما كان عن عوض مالي يلزم أخذ العوض طوعًا أو كرهًا أو بضع أو متعة أو دية المالي[1]، واضح وغير اللازم لغو كالكتابة تسقط بالعجز في مكاتبتها إن

---

(1) قال الرَّصاع: قوله في الجنس: (ما كان) أي: مال كان وهو أعم من دين المحاصة قوله: (عن عوض مالي) أخرج به ما ليس عن عوض كالتبرعات من الهبة والصدقة؛ فإنها ليست بدين محاصة قوله: (مالي) أخرج العوض غير المالي ينظر ما أخرج به الشَّيخ في أصله لزم إخراج الكتابة؛ لأنها تسقط بالعجز، وقد وقع في المدَوَّنة ما يشهد لذلك قوله: (آخذ العوض...) إلخ؛ إنما أشار ذلك بيانًا للعوض، وقوله: (أو بضع) إلخ عطف على قوله: مالي، قوله: (أو متعة) أي: ما كان عن متعة وأراد به نفقة الزوجة؛ لأنه عن متعة، وقد ذكر الشَّيخ من مسائل المدَوَّنة في النكاح والزكاة ما يشهد لذلك.

ترك مكاتبٌ مات مالًا، وعليه دين فلا حصاص لسيده بها قاطعه كما لا يحاص بالكتابة.

قال شريح: يحاص بالنجم أنه قد حل.

قال ابن المسيب: أخطأ شريح، وما لزم اليد من ضمان رهن بالكتابة أخذًا بعد عقدها أخذًا في محاصة المكاتب به غرماء سيده قولان لغير ابن القاسم وله، ولو أخذه عند عقده حاصص به اتفاقًا، وفي ثاني زكاتها تحاص المرأة بمهرها في الموت والفلس، ونقل ابن الجلاب خلافه غلط فيه في ثاني نكاحها تضرب المرأة مع غرماء زوجها بما أنفقت في مسيرها على نفسها لا على ولده الصغار.

وفي الديات منها: إن قطع عبد يد رجل خطأ وقتل الآخر خطأ، واستهلك مع ذلك مالًا حاص أهل المال أهل الجراح في رقبته في قيمته بما استهلك لهم ودين الشاهد واليمين كدين الشاهدين.

[كتاب الحجر]

الحجر: صفة حكمية تمنع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله، وبه دخل حجر المريض والزوجة، واكتفى المازري جوابًا عن قوله ما معنى الحجر بقوله معناه لغة المنع، والحجر يقتضي أن معناه عرفًا كمعناه لغة، وليس كذلك؛ بل العرفي آخر.

قال مع القاضي الحجر: إما لحق موصوفه أو لغيره[1].

ابن الحاجب وابن شاس: أسبابه سبع الصبا والجنون والتبذير والرق والفلس

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (صفة حكمية)؛ جعل الجنس للحجر الصفة المذكورة وتقدم أنه يراعي المقولة فرأى أن الحجر لغة المنع من التصرف، وفي الشرع إنما هو معنى ما ذكر كالطهارة شرعًا؛ ولذا اعترض على المازري فيما ذكره واقتصر عليه إلا أن فيما ذكر نظر؛ لأنه إذا سلم أنه المنع لغة، وفي الشرع منع خاص كان الواجب أن يقول في الحد منع... إلخ لا أن يقول: صفة حكمية توجب المنع؛ لأن تلك الصفة ليست من المنع، ولا يصدق المنع الأعم عليها؛ وإنما يصدق على موجها الأخص.

(فإن قلت): هل يصح أن يقال بأن الحجر حكم الحاكم بمنع التصرف لذي مال في الزائد إلخ، ويؤكد السؤال بما ذكره في حده للتفليس، وما الفرق بين الحدين؟ وهل يصح في حد التفليس أن يقال: صفة حكمية كما قال هنا.

قُلتُ: لعله راعى إطلاقات الفقهاء، وإن الأول أطلقوه في عرفهم على الحكم والحجر أطلقوه على الصفة، والمقصد أن الصفة المذكورة تعم العبد والصبي والسفيه؛ فلذا ذكرها، ولو ذكر الحكم لما صح عمومه وخص بالتفليس لصحة العموم فيه والله أعلم، قوله: (في الزائد على قوته)؛ أخرج به القوت فإنه يجوز له التصرف فيه بالعوض.

(فإن قلت): قد قيد الشَّيخ بعد المعاوضة في القوت بقوله: إن أحسنها.

قُلتُ: هذا لا بد منه، وزيادة القيد هنا تحسن ولا تخل قوله: (أو تبرعه بماله).

قال الشَّيخ رحمه الله: بهذه الزيادة يدخل حجر المريض والزوجة، ومعنى ذلك أنه لو لم يزدها؛ لكان الحد غير جامع؛ لأن الزوجة والمريض يجوز لهما التصرف بالبيع.

(فإن قلت): الزوجة ومن ذكر معها يجوز لهما التصرف الخاص، وهو ما لم يزد على الثلث، والمذكور في الحد منع التبرع المطلق، والزوجة لا يقال فيها كذلك؛ لأن التبرع المطلق إذا نفي نفي أخصه

(قُلتُ): الجواب عن ذلك أن الخاصية أنه لا يتبرع بكل ماله وهذا صحيح، ولا ينافي جواز الثلث، والحد يصدق في ذلك، ويدخل في الحد الحجر على السفيه والصغير والعبد، وغير ذلك من الأسباب المعلومة، ويخرج المأذون له في التجارة والله أعلم.

والمرض والنكاح في الزوجة.

قُلتُ: الحصر استقرائي وهو في الأمور المذهبية العام بالمذهب القطع؛ لأنه عدة منه لوجوده عنده.

وتعقب ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب بأن ترك سببًا سابعًا، وهو الردة، وبأنه قدم حكم الفلس على ذكر سببه، فإنه عد الفلس في الأسباب بعد أن تكلم على أحكام التفليس.

قُلتُ: يرد تعقبه الأول بأنهم إنما ذكروا الحجر على المالك فيما يملك لا فيما لا يملكه، وحجر المرتد ليس من حكم المالك على ما يملكه بأنه لو مات ما ورث عنه، ولعله في تعقبه تبع القرافي في الذخيرة فإنه قال: أسبابه ثمانية، فعد فيها الردة وأما تعقبه بقوله: إنه قدم حكم الفلس قبل ذكره سببه فكلام لا مدخل له في التعقب؛ لأن قوله سبب إن أراد ما هو سبب في الفلس؛ فالحاصل أنه قدم حكم الفلس على ذكر سببه، ولا تعقب في هذا إلا أن يكون من ترك الأولى، ولا مدخل لها في الحجر، وإن أراد ما الفلس سببه، وهو الحجر، فحاصله أنه ذكر حكم الفلس قبل ذكر كونه سببًا في الحجر، وهذا لا تعقب فيه فتأمله، وقوله: الأسباب التي ذكر ابن الحاجب ستة وهم؛ بل هي سبعة كما قال ابن شاس.++++++

والابتلاء للمرشد مطلوب: اللخمي: في كون ابتلاء من في ولاية بعد بلوغه أو قبله قولا محمد والأبهري مع البغدادي، وهو أبين؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ...﴾ الآية [النساء: 6].

المازري: الأشهر أنه بعد البلوغ.

اللخمي: اختلف هل يجبر بدفع شيء من ماله؛ ليختبر به فظاهر قول مالك المنع؛ لأنه قال: إن فعل لم يلحقه فيه دين، ولا فيما بيد وصيه، وأجازه غيره، وقال: يلحقه الدين فيما بيده.

المازري: في إثبات الأشياخ اضطراب في اختباره بشيء من ماله، ثم ذكر كلام اللخمي، وقال: هذا التخريج غير لازم قد يكون الدفع مباحًا... إلخ إلى أن تعقب ولكن الغرماء لم يعاملوه على ما بيده؛ فذلك لم يقض لهم به.

قُلتُ: كذا وجدته في غير نسخة ومقتضى قوله: قد يكون الدفع مباحًا... إلخ؛ أنه تعقب على تخريج منع الدفع من عدم تعلق الدين، وما زعمه دليلًا على ذلك غير صحيح في نفسه وهو قوله للغرماء: ما لم يعاملوه على ما بيده؛ لأن الثابت يقتضيه؛ لأنهم عاملوه على ما في يده، وفي المعونة: لولي السفيه أو الصغير الإذن له في قدر من ماله يختبره به.

اللخمي: يريد بالصغير: الذي قارب البلوغ إن رأى دليل رشده.

ومقتضى كلام المتيطي: وغيره في الموثقين: أنه المذهب.

قال: للوصي أن يدفع ليتيمه بعض ماله يختبره به كالستين دينارًا ولا يكثر جدًا إن رأى استقامته، فإن تلف؛ لم يضمن،ه وإن لم يصلح اختباره؛ ضمنه، وأعط ضمانه بذكره في عقد الإشهاد معرفة شهيديه أنه مما يصلح اختباره.

وفيها: إن دفع له من ماله ما يختبره به؛ لم يلحقه فيه دين.

الصقلي عن القابسي: يلحقه فيه ما عومل فيه بنقد لا بما عومل فيه بدين إلا أن يكون بيده أكثر مما دفع له وليه، فيكون حق الذي داينه في الزائد إن كان من معاملته إياه.

الصقلي في ثاني وصاياها: إذا أمر الوصي الصبي أن يتجر جاز، وإن خرج من موضع لآخر جاز بإذنه مستدلاً على جواز إذن الوصي له في مواجر نفسه.

قُلتُ: ظاهره: فهم على ذلك يتجره بماله؛ ولذا أتى به في هذه المسألة، ومثله لابن عات عن ابن عبد الغفور مثله؛ لأنه في الوصايا إنما أتى بذلك مستدلاً على جواز إذن الوصي له في مواجرة نفسه على حج سياق كلامه يدل على أنه في التجر لغيره بماله لا بمال نفسه فتأمله.

الشَّيخ: للوصي أن يدفع للصبي مالاً يختبر به، ولا يضمن الوصي ما نقص منه.

ابن حبيب: والصبي مصدق فيما دفع له إن أنكره إذا علم أن اليتيم كان يتجر.

قُلتُ: ويلزم منه أنه مصدق في أنه دفع له ذلك؛ لأنه أهل لاختباره بذلك ما لم تقم بينة بخلاف ذلك.

زاد ابن عات: وقيل: لا يقبل قوله إلا ببينة كدفع المال له، والنفقة إذا لم يكن

في عياله.

المتيطي عن أبي عمران: إنما يجوز ذلك في الصبي إن جعل معه من يرقبه، وإلا ضمن الوصي، وعزا لحوق الدين فيما اختبر به اليتيم لأشهب وابن الماجِشُون.

قُلتُ: ففي لحوق الدين فيه، ثالثها: إن عومل بنقد لهما ومالك مع ابن القاسم والقابسي.

المازري: في صفة اختياره إذا استقل بنفسه في تقويته وتدبير طعامه دفع له من العين لشراء غذائه ونظر، فإن سلك فيه مسلك الرشداء؛ دفع له من ماله ما ينظر فيه تصرفه.

وقال الشافعي: إن كان من أبناء الوزراء الذين لا يليق بهم التجر دفع له من إنفاقه على أهله وولده ما يختبر به.

والمرأة تختبر بتصرفها في أمور الغزل، وما قاله الشافعي تضمنه قولها الغرض حصول ما تدل عليه قرائن الأحوال؛ فذو الأب إن بلغ وهو معلوم الرشد؛ زال حجره، ولو لم يشهد الأب بإطلاقه، وإن بلغ معلوم السفه دام حجره به، وإن بلغ مجهول الحال؛ ففي كونه كذلك أو على الرشد قولا نص سماع يحيى ابن القاسم في كتاب الصدقة، مع ظاهر سائر الروايات عنه، وعن مالك؛ وظاهرها في النكاح الأول والصدقة والهبات والجعل، ورواية زياد مع ظاهرها في النكاح الأول، وفي الصدقة والهبات: إذا احتلم الغلام؛ فله أن يذهب حيث شاء، فتأوله الشَّيخ بنفسه دون ماله.

وقال غيره: بنفسه وماله، واستحسن بعضهم وقف رفع حجره في مرور عام ونحوه بعد احتلامه، وقاله ابن العطار على اضطراب منه.

قال: لا يجوز تسفيه الأب ابنه، إلا أن يكون معلوم السفه، ولم يفرق بين قرب ولا بعد.

وحكى غيره من الموثقين: إن تسفيه الأب إياه بحداثة بلوغه قبل مضي عامين جائز، وإن جهل سفهه، وعزا اللخمي لابن حبيب مثل رواية زياد بقوله: من وجبت له شفعة عند بلوغه بسنة من بلوغه تسقط شفعته.

المتيطي: في كونه على السفه بعد بلوغه إلى عام فقط، أو إلى عامين قولا ابن العطار

والباجي، وهو بعدهما على الرشد حتى يثبت سفهه، وفي وقف مضي أفعال يتيم الوصي على إطلاقه إياه، وكونه معه ككونه مع الأب، نقلا ابن رُشْد عن المشهور المعمول به.

فظاهر قولها في الصدقة والهبة منعهم الله أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ إلا بالرشد، فكيف مع الآباء الذين هم أملك بهم، وإنما الأوصياء بسبب الآباء ونحوه.

قال ابن الماجِشُون: إن عنست البكر أو نكحت جازت أفعالها كانت ذات أب أو وصي.

وقال عياض: لم يذهب إلى هذا إلا عبد الرحمن بن سلمة الطليطلي، وعلى الأول، قال: لا يزول حجره ببلوغه إلا مع إطلاقه إياه، ولو علم رشده ويصح إطلاقه بمجرد قوله.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم وقفه على معرفة رشده، وفي وقف إطلاق وصي القاضي على إذنه، وكونه كوصي الأب، ثالثها: هذا إن عرف رشده لابن زَرْب وقولي غيره.

قُلتُ: أخذ الثاني من قولها في إرخاء الستور: إن لم يكن لليتيم وصي، فأقام له القاضي له خليفته كان، كالوصي في جميع أمره.

وإن شرط الأب في إيصائه بابنه إطلاقه ببلوغه عشرين سنة فمات الموصي، وبلغ اليتيم المدة، وتصرف وهو مجهول الحال ففي وقف تصرفه على ثبوت رشده، وإطلاقه بشرطه قولا ابن دحون مع ابن الشقاق والإشبيلي مع القاضي ابن بشير وابن العطار.

قُلتُ: بالأول عمل قضاة ذوي العلم من قضاة بلدنا، ولا يختلف في لغو تعليقه على مجرد بلوغه.

واليتيم دون وصي ولا مقدم إذا بلغ، فإن جهل سفهه؛ جاز فعله ابن رُشْد اتفاقًا، وإلا ففي نفوذ فعله خلاف يذكر في تصرف السفيه قبل الحجر عليه.

وفي ثبوت الولاية بتقديم على شيء خاص خلاف في أحكام ابن سهل لو قدم القاضي على مهمل من يقاسم عنه، فقسم عليه ففي كون بقائه مهملا مطلقا، أو إن كان حين التقديم بالغا لا صغيرا.

ثالثها: عكسه لابن عتاب مع الإشبيلي وابن دحون، وابن الشقاق والقسم على الصغير ماض، وفي البالغ قولان لابن دحون والإشبيلي.

والبكر ذات الأب إن بلغت، فقال ابن رُشْد: فيها ثمانية: الأول: رواية زياد رفع حجرها ببلوغها.

الثاني: رواية الموطأ والمدَوَّنة، ومُطَرِّف في الواضحة بشهادة على صلاح أمرها بعد البناء بها، فهي على هذا الحجر قبل البناء، ولو علم رشدها وبعده ما لم يرشدها ولو بقرب بنائها.

وفي رواية مُطَرِّف: استخفاف تأخير أمرها العام ونحوه من غير إيجاب.

الثالث: بهذا أو بتغييبها فهي على هذه الرواية بعد التعنيس على الرشد ما لم يعلم سفهها وقبله على السفه، ولو علم رشدها، ثم إن بنى بها قبل تعنيسها فهي على السفه حتى يعرف رشدها وبعده على العكس، وفي كون تعنيس هذه أربعين أو من الخمسين إلى الستين قولان.

قُلتُ: عزا ابن سهل الأول لابن حبيب، وابن وَهْب ابن رُشْد، وروى: أن تبرعاتها بعد التعنيس جائزة إن أجازها الوالد؛ ومعناه: إن قال في المجهول: حالها هي رشيدة؛ لأن المعلوم سفهها لا يجوز له إجازة تبرعاتها، والمعلوم رشدها لا يجوز له ردها فحاصل هذه الرواية أنه لم يحمل المعنسة المجهولة الحال على السفه، ولا على الرشد؛ بل على قول الأب، فتفرع هذا الثالث إلى ثلاثة، فالأقول خمسة.

السادس: ظاهر قول يحيى بن سعيد في المدَوَّنة، وقال مُطَرِّف: رفعه بمرور عام بعد البناء بها، فعليه هي قبل البناء على السفه، ولو علم رشدها وبعده قبل العام ما لم يعلم رشدها، وبعده على الرشد ما لم يعلم سفهها، ووافقه ابن الماجِشُون في تحديد السنة، وخالفه في لغو التعيين، فقال: إن عنست وعلم حسن حالها؛ زال حجر أبيها أو وصيه.

السابع: قول ابن نافع في الصدقات من العتبيَّة بمرور عامين.

الثامن: لابن القاسم وبه العمل عندنا بمرور سبعة أعوام بعد البناء.

وقال ابن أبي زَمَنَيْن: الذي أدركت عليه الشُيُوخ أنه بمضي ستة أعوام إلى سبعة ما لم يجدد الأب عليها السفه قبل ذلك، وهو قريب من الثامن فحالها بعد هذا الأمد على الرشد حتى يثبت خلافه.

وقوله: ما لم يجدد الأب عليها السفه كان يفتي ابن زَرْب، وقاله ابن العطار، وقال أبو عمر الإشبيلي: لا يلزمها إلا أن يضمن شهود تجديد سفهها علمهم بسفهها، وبه أفتى ابن القطان، وهو القياس على قول من حد الجواز فعلها حدًا يحملها ببلوغها إياه على الرشد، فلا يصدق الأب في إبطال رشدها بدعواه سفهها، ويتخرج قول ابن أبي زَمَنَيْن على رواية جواز تبرعاتها بعد التعنيس بإجازة أبيها، وعلى إعمال تسفيهه إياها لو ولى عليها بعد البناء قبل بلوغها مدة رشدها، ومات بعد بلوغها إياها؛ ففي لزومها حكم الولاية، فلا ترتفع إلا بثبوت رشدها ولغوه قولا متأخري شُيُوخنا.

ولو مات قبل بلوغها إياها؛ لم أعلم اختلافًا في لزومها حكم الولاية، ولا يبعد دخول الخلاف فيه بالمعنى.

ومن أوصى على ابنته البكر، ومات قبل بلوغها مدة خروجها من الولاية لزمها حكم ولايته.

واليتيمة ذات وصي أو مقدم في وقف رفع حجرها على إطلاقها من ثقافه بما يصح إطلاقها به، وكونها مع الوصي ككونها مع الأب في خروجها من ولايته بالتعنيس أو النكاح مع طول المدة، وتبين الرشد قولا المشهور وابن الماجِشُون.

واليتيمة المهملة على الوصي في رفع حجرها ببلوغها أو تنعيسها قولا سَحنون في العتبيَّة مع غير ابن القاسم في المدَوَّنة، ورواية زياد وغيرهم.

وفي حد تعنيسها بثلاثين سنة أو أقل منها أو بأربعين أو من الخمسين إلى الستين.

خامسها: رواية المدَوَّنة: لا يجوز فعلها حتى تعنس، وتقعد عن المحيض أو حتى يمر بها بعد البناء مدة يحمل أمرها فيها على الرشد، قيل: أقصاها عام، قاله ابن الماجِشُون، وابن العطار، وقيل: ثلاثة أعوام ونحوها.

وقال ابن أبي زَمَنَيْن: الذي أدركت عليه الشُيُوخ مثل السنة والسنتين والثلاث.

والبلوغ بالاحتلام وفي الإنبات، نقل ابن رُشْد قوليها.

قال: وهذا فيما يلزمه في الحكم الظاهر من طلاق واحد، وفيما بينه وبين الله لا يلزمه طلاق حتى يحتلم، أو يبلغ الاحتلام وهو خمسة عشر عامًا عند ابن وَهْب، وعن ابن القاسم سبعة عشر، وعنه ثمانية عشر.

و تختص الأنثى بالحيض والحمل.

المازري: المشهور ثمانية عشر.

الطرطوشي: والمراد بالإنبات الإنبات الخشن دون الزغب.

ابن شاس: فيثبت الاحتلام بقوله: ما لم يعارضه، والإنبات.

قال ابن العربي بالنظر إلى مرآت تسامت محل الإنبات.

قال ابن الحاجب: هو غريب.

قُلتُ: أنكره الشَّيخ عز الدين بن عبد السلام، وقال: هو كالنظر لعين العورة، وكذلك ابن القطان المحدث.

الرشد: القاضي هو ضبط المال وإصلاحه.

المازري: في كونه مجرد صونه أو مع كونه يحسن تنميته عبارتان.

قُلتُ: عزاهما اللخمي لها ولمحمد، وفي اعتبار صلاح الدين فيه نقلاه عن محمد وأشهب.

قُلتُ: ما عزاه لمحمد هو نقل ابن القاسم فيها، وفي سماع يحيى من الصدقات.

قال ابن رُشْد: وقاله أَصْبَغ: ما لم يكن سارقا.

ابن حارث عن ابن القاسم: الرشد ينافي السفه إصلاح الحال والمال، وإن قصر عن غير ذلك.

وقال ابن الماجِشُون: لا يتم إلا بجواز الشهادة، وكلهم متفقون على أنه إن ظهرت منه جرحة في دينه وهو ممسك لماله أنه لا يحجر عليه، وقبل المازري نقل ابن حارث وكذا ابن رُشْد في سماع يحيى في كتاب الصدقات بعد أن قال: ذهب الأخوان إلى أنه لا يخرج من الولاية إذا شرب النبيذ المسكر، وإن كان حسن النظر في ولايته، وهذا قول مالك وجميع علمائنا بالمدينة.

وقاله ابن كنانة، وابن حبيب، وقول ابن القاسم أظهر في القياس.

اللخمي: إن كان غير عدل لكذبه أو غير ذلك مما لا تعلق له بالمال دفع له ماله؛ لأنه لا يحجر عليه بذلك، وإن كان فاسقًا أو بشرب الخمر لم يدفع له؛ لأنه يستعين به في ذلك، ولو كان قادرًا على التنمية.

وقال ابن عبد السلام: ليس هناك اتفاق، فإن ابن شعبان حكى في التحجير على الفاسق لأجل فسقه قولين.

قُلتُ: وهذا يفتقر إلى تثبت، فإن اللخمي والمازري لم ينقلاه مع كثرة نقل اللخمي عنه غرائب أقواله، وكذا أبو إبراهيم الفاسي لم ينقله، ونظرت الزاهي لابن شعبان فلم أجد فيه إلا قوله الحجر على البالغ بوجهين بإنفاق، ماله في غير الطاعة أو قلة حفظه وتضييعه.

قُلتُ: صفة من يحجر عليه من الأحرار أن يكون يبذر ماله سرفًا في لذاته من الشرب، والفسق وغيره ظاهر أقوال أهل المذهب: أنه قسيم الرشد قسمة حقيقية لا واسطة بينهما، فعلى هذا السفه تتقرر حقيقته بتبذير المال اتفاقًا، وفي تقرره بعدم حسن القيام بتنميته أو بالفسق قولان مخرجان من القولين باعتبار حسن التنمية وعدم الفسق، وفي كون السفه الموجب استئناف الحجر كالمانع أخذ المال، وشرطه بكونه بينا ظاهر نقلا المازري عن ابن القاسم وأشهب.

وأجاب ابن رُشْد برد حكم حاكم على غير مولى عليه بتحجير بيعه ربعه، وقال: إن ثبت سفهه حجر عليه مطلقا وإلا فلا.

قُلتُ: وفيه نظر لاحتمال ثبوت نهوض دليل سفه قبل تمامه، كفعل ما ادعى استحقاقه قبل تمام موجبه، وربما حكم به بعضهم، واختلفت عباراتهم في تقرر عدم الفسق، فالأكثر على العبارة عنه بمجرد لفظه؛ وهي طريقة ابن رُشْد والمازري والأكثر، وعبارة ابن حارث عن ابن الماحشون بجواز الشهادة، وأنكره المازري على الشافعيَّة فقال: اعتبر محمد في الرشد كونه صالحًا في دينه، وكذلك الشافعي؛ لكنه غلا حتى شرط أن يكون مقبول الشهادة.

وتبع ابن شاس وابن الحاجب ابن حارث المازري في الإنفاق في جميع الجماعات لا كل الكثير من الطيبات في المبيتات، والموانسات أشكال، وأشار ابن القُصَّار لإيجابه الحجر؛ ولكنه قال: إن كان ما فضل عن ذلك لا يتصدق به ولا يطعمه، فقوله: لا يطعمه بعد ذكر الصدقة ظاهره أنه أراد إطعامه لإخوانه، وهذا يشير إلى أنه لا يوجب الحجر، والحق اعتبار قلة المال من كثرته والتجربة وتنميته.

قُلتُ: في سماع يحيى بن القاسم: من يعرف بالاكتساب وتنمية ماله وتفقد عقاره إن كان ذاهب السرف فيها يتصرف فيه من السخاء على إخوانه وجميع الناس على طعامه، وأعطيات لا يحملها ماله فإنه يولي عليه.

ابن رُشْد: يريد في غير وجوه البر: إرادة الثناء والحمد.

و من ثبت سفهه ولم يحكم بحجره في نفوذ فعله بمجرد بلوغه، ولو كان معلن السفه متصلاً ببلوغه، أو إن لم يتصل ببلوغه أو يبيع الشيء بعشر ثمنه كان معلن السفه أم لا؟.

ثالثها: إن كان معلن السفه رد فعله، وإلا جاز ولو اتصل سفهه.

ورابعها:: إن كان حين بيعه رشيدا جاز فعله، وإن كان سفيهًا لم يجز اتصل سفهه أولاً لابن رُشْد عن مالك مع كبراء أصحابه والأخوين، وأَصْبَغ وابن القاسم، وعبر المازري عن الأول بقوله: روى مالك قال: وقد روى زياد شبطون القرطبي: أنه سأل مالكًا عن سفيه عندهم يكسر قوارير البان على ناصية رأسه، ويشتري الكلب أو البازي بالضيعة الخطيرة، فقال: تمضي أفعاله، قال: ثم سألته بعد زمان فقال: تمضي أفعاله ولو كان مثل سفيهكم.

ابن سهل: كان ابن عتاب يفتي بقول ابن كنانة، وغيره من أصحاب مالك بجواز أفعاله، ويحتج بما جرى به العمل قديمًا، ولا يرى ما ذكره ابن زَرْب من الأخذ برد أفعاله لأمر الحكم أمير المؤمنين بذلك، وكذا ذكر ابن العطار: أن العمل كان بقول مالك وأصحابه إلى أن أمر الحكم المستنصر بالله أمير المؤمنين بعد صدر من خلافته محمد بن السليم قاضي الجماعة بقرطبة أن يحمل الناس على قول مُطَرِّف وابن القاسم في فسخ فعل السفيه قبل الولاية عليه، فمضت الفتيا بذلك في خلافته.

ابن سهل: فزاد ابن العطار: أن قول مُطَرِّف كقول ابن القاسم.

ولما ذكر ابن الحاجب قولي مالك وابن القاسم، ولم يذكر أقوال ابن رُشْد قال ما نصه: وعليها العكس في تصرفه بعد الحجر إذ رشد.

ابن عبد السلام: ما ذكره صحيح لولا أن ابن رُشْد حكى عن ابن القاسم ما معناه: إن أفعال السفيه قبل الحجر مبنية على العلة عنده ما وافق منها أفعال الرشيد

مضى، وما وافق منها أفعال السفيه بطل.

وأما أفعاله بعد الحجر فمردودة، وهذا له أصل مختلف فيه في المذهب، وهو ما فعل من فعل لو رفع للحاكم لم يفعل سواه، هل يمضي أولاً، وهذا المحجور قصارى أمره أنه لو تصرف تصرفًا صحيحًا، ثم رفع أمره للحاكم لم يفعل غيره لكنه قد يقال: إن كان هذا عنده صحيحًا، وأن من فعل فعلاً مثل هذا لم يكن فعله كفعل الحاكم، فيلزم إمضاء فعله قبل الحجر ما وافق منها الصواب وما لم يوافقه.

قُلتُ: مقتضى قول ابن الحاجب: أن القولين في إمضاء فعل من عليه ولاية إذا كان رشيدًا في نفسه أنهما مخرجان على قولي مالك وابن القاسم لا منصوصان، وليس الأمر كذلك؛ بل هما منصوصان حسبما أذكر، وما ذكره ابن عبد السلام عن ابن رُشْد: أنه حكى عن ابن القاسم أن أفعال السفيه بعد الحجر عليه مردودة ظاهره، ولو كان رشيدًا في نفسه وهو وهم.

قال ابن رُشْد في رسم باع من سماع عيسى من كتاب المديان: أجاز ابن القاسم في هذا السماع نكاح اليتيم بغير إذن وصيه إن كان في ذلك رشيدًا في أحواله مثله لو طلب ماله أعطيه، وهذا مشهور أقواله: أن الولاية الثابتة على اليتيم لا يعتبر ثبوتها إذا علم رشده ولا سقوطها إن علم سفهه خلاف مشهور مذهب مالك، وعامة أصحابه: أن المولي عليه بوصي أب أو قاض لا تجوز أفعاله، وإن علم رشده حتى يطلق من الولاية التي لزمته، ولزونان عن ابن القاسم كقول مالك ولابن وَهْب عنه مثل قول ابن القاسم.

قُلتُ: فهذا لمن تأمله نص في ثبوت القولين اللذين جعلهما ابن الحاجب تخريجًا، ونص في أن ابن القاسم يلغي ثبوت الولاية مع ثبوت الرشد خلاف ما ذكر ابن عبد السلام عنه، ولا يخفي سقوطه.

قوله: فيلزم إمضاء فعله قبل الحجر ما وافق الصواب وما لم يوافقه، ولابن رُشْد في رسم البراءة من سماع أَصْبَغ من المديان في اعتبار حال ذي تصرف حين تصرفه من رشد أو سفه، وإلغاء ولاية عليه وعدمها.

ثالثها: اعتبار الولاية ولغو اعتبار عدمها لسماع عيسى ابن القاسم، ومشهور قولي

مالك وسماع أَصْبَغ ابن القاسم، وإدراك هذه الأقوال خفي قل من يعرفه.

والحجر يوجب لغو التصرف في المال ولو بالمعاوضة والإقرار به، والتوكيل سوى معاوضة قوته إن أحسنها وفي غيره.

قال اللخمي: هو موقوف على نظر وليه له إمضاؤه إن كان نظرًا.

قُلتُ: في كون أمضائه بأنه سداد حين عقده، أو حين النظر فيه نقلا ابن سهل عن ابن لبابة، وأيوب بن سليمان، ومحمد بن وليد وعن الأخوين في الواضحة، وعليه: إن كان إمضاؤه يوم النظر سدادًا أمضى وغرم مبتاعه تمام قيمته اليوم.

ابن رُشْد: فإن لم يكن له ولي قدم له القاضي ناظرًا في ذلك، فإن لم يفعل حتى ملك أمره خير في إمضاء ذلك أو رده، فإن رد بيعه أو ابتياعه، وقد تلف الثمن أو السلعة التي ابتاعها لم يتبع في ماله بشيء، ولو كانت أمة فأولدها؛ فلا شيء عليه في الولد، وفي فوتها أوردها قولان.

اللخمي: قال في العتبيَّة: ترد ويرد على اليتيم ثمنها، ولا شيء عليه من قيمة الولد، وقال في مثلها: تمضي له أم ولد بغير عوض، والأول أبين، ولو باع أمة فحملت من مشتريها فهي كالأمة المستحقة، إلا أن يكون المشتري معسرًا، وعلم حجر بائعها، فتنزع منه بكل حال.

ابن عات: من أسلم في عمارة منزله، فإن كان مما يخاف خرابه وهدمه تبع به وإلا فلا قال عن المشاور: إن دفع سفيه غير مولي عليه وديعة لرجل، فتلفت لم يضمنها المودع إن كان الإمام غير عدل، ولا مأمون وإن كان مأمونًا ضمنها ابن رُشْد إن أنفق ثمن ما باعه فيما لا بد له منه، ففي اتباعه بذلك في ماله قولان.

قُلتُ: الذي في أحكام ابن سهل للأخوين وغيرهما، ولابن فتوح اتباعه ابن رُشْد، وإن كان ما اشتري منه أمة فأولدها أو أعتقها أو غنما فتناسلت أو بقعة فبناها، أو شيء له غلة فاغتله فذلك كله كمستحق من مشتريه، ولو علم المشتري أنه مولى عليه متعد في بيعه بغير إذن وليه فهو كالغاصب في الغلة، وفي قيمة البناء منقوضًا، ولو لم يعلم بما فوته السفيه من بيع أو عطية إلا بعد موته ففي رده قولان.

قُلتُ: عزاهما الشَّيخ للأخوين وابن القاسم.

وإن أقر بدين أوصى به في ثلثه فمات ففي لزومه في ثلثه مطلقًا، أو ما لم يكثر سماع القرينين، وقول أَصْبَغ ولو لم يوص به ففي بطلانه، ولزومه في ثلثه أو في صحته أو مرضه سماع القرنيين، ونقل ابن رُشْد.

قُلتُ: وعلى أصل أشهب في قوله: أنت حر بعد موتي إن كان في المرض لزم في الثلث وإلا سقط، ولو لم يمت بطل إقراره المتيطي في الواضحة لابن كنانة إقراره بدين في مرض موته في ثلثه مبدأ على الوصايا.

والمذهب لزوم طلاق السفيه المكلف المازري مال بعضهم المحققين للوقف في لزومه من تعليل المغيرة رد عتقه أم ولده بأنه يدخل عليه نقصًا في ماله لاحتياجه لتزويج أو تسر ورده المازري بزيادة عتق أم الولد بتفويت أمر مالي، وهو ما يعرض من أرش جناية عليها فأشبهت الأمر المالي.

قُلتُ: وكذا العصمة معروضة للخلع.

ابن رُشْد: ويلزمه ظهاره ولوليه أن يعتق عنه لبقاء زوجته، وأن لا يعتق عليه، وإن آل لفراقها بحسب نظره ولا يجزيه صوم ولا إطعام إن كان له مال.

وقال محمد: إن لم يعتق عنه وليه فله أن يصوم، فلا يطلق عليه على قوله: إلا بعد أجل الإيلاء إن طلبته المرأة؛ لأن له أن يكفر بالصوم، وعلى الأول يطلق عليه دون ضرب أجل لإيلاءه إذا رفعته امرأته وهو قول أَصْبَغ، ولا حد في ذلك عند ابن القاسم.

وقال ابن كنانة: يعتق عنه وليه أول مرة؛ لأنها تعرض للحكام، فإن أعاد الظهار لم يعتق عليه، وقاله محمد.

وقول ابن شاس: استلحاق النسب، ونفيه لازم هو مقتضى قولها، وما ليس له فيه إلا المتعة فعله فيه جائز، وفي لزومه عتق أم ولده قولان للمشهور مع الأكثر، والمغيرة مع ابن نافع وفي اتباعها مالها ثالثها: إن كان يسيرا لرواية أشهب، وليحيي عن ابن القاسم ولأَصْبَغ.

وإيلاؤه بطلاق هو فيه على حنث أو بعدم تكفير وليه ظهاره، أو بيمين بصوم أو صلاة يلزمه وبيمين على ترك الوطء بما يمنعه من عتق أو صدقة لغو وبيمينه بالله في لزومه مطلقًا، أو إن لم يكن له مال قولا محمد وغيره، ويلزمه ما أفسد أو كسر في ماله مما

لم يؤتمن عليه اتفاقًا، وفيما اؤتمن عليه قولان، ولا يحلف فيما ادعي عليه في ماله، ويحلف فيما ادعي عليه فيما يجوز فيه إقراره.

قُلتُ: قوله: لا يحلف فيما ادعي عليه في ماله هو معروف المذهب.

وفي أحكام ابن سهل: لأبي محمد الأصيلي: توجه اليمين عليه بذلك متعقبًا قول الأندلسيين بسقوطها، واحتج بتوجه اليمين على من أحاط الدين بماله، وعلى ذات الزوج بدعوى ما هو أكثر من ثلثها، ويرد بأن السفيه لا يجوز إقراره، فلو لزمته اليمين، فإن لم يوجب نكوله غرمه لم تكن لها فائدة، وإن أوجبتها لزم إعمال إقراره وإقرار من أحاط الدين بماله لازم، وكذا الزوجة فيما ادعى عليها بأكثر من ثلثها بمعاوضة إن كانت الدعوى المذكورة بها، وإن كانت بعطية منعنا توجهها عليها فتأمله.

ولو نكل من ادعى عليه مولى عليه حقًا، ففي غرمه عاجلاً دون يمين المولى عليه حينئذ وتؤخر لرشده، فإن نكل حينئذ رد ما أخذ ووقف الغريم على تعجيل الحلف، نقل ابن فتوح عن المذهب مع ابن الهندي قائلاً: إنما حلف مع شهادة إحياء للسنة.

وابن سهل ابن رُشْد: ويعقل مع العاقلة ما لزمها ويجوز عفوه عن دمه، ولو كان خطئا، وفي عفوه عن ما دون النفس في بدنه من جراح وشتم قولا ابن القاسم والأخوين، وإقراره عما يتعلق ببدنه من حد وقصاص لازم بخلاف المجنون، كالصلاة ونحوها فيهما.

وولي المولى عليه أبوه ثم وصيه ثم الحاكم ولا ولاية لجد في وصاياها الأول: لا تجوز وصية الجد بولد الولد، ولا أخ بأخ وإن لم يكن أب ولا وصي وإن قل المال، ولا يجوز إيصاء الأم، بمال ولدها المال أن تكون وصيًا من قبل الأب، وإلا لم يجز إن كثر المال، وإن كان يسير كالستين دينار، وأجاز إسنادها العدل فيمن لا أب له ولا وصي.

وقال غيره: لا يجوز ذلك لهما، وحد اللخمي اليسير بخمسين، وخرج على إجازة أشهب قسم الأخ على أخيه تحت نظره صحة إيصائه به فيما يرث منه، قال: هذا في الميراث.

وما تطوع به ميت من وصية فجائز إيصاؤه بالنظر فيه للموصي له به إلى من شاء دون أبيه ووصيه، ولو نص على دفعه للمولى عليه يتسع فيه لم يدخل تحت نظر

وفيه نظر.

ابن فتوح لابن حبيب عن ابن الماجِشُون عن مالك وغيره: أنهم أجازوا نظر العم وغيره، كالأم والأخ الرشيد لليتيم دون تقديم سلطان وإيصاء أب، وأجازوا له ما يجوز للوصي إذا أحسن النظر ولم يتهم، وعزو ابن عبد السلام هذا لغير واحد من العلماء يقتضي أنه ليس في المذهب وليس كذلك.

المتيطي: بيع الأب على صغار بنيه، وأبكار بناته محمول على النظر حتى يثبت خلافه.

قال بعض الشُيُوخ: اتفاقًا إلا في شرائه لنفسه فهو على العكس، قال: ولا اعتراض على الابن بعد رشده فيما باعه عليه أبوه، قاله ابن القاسم في الواضحة والثمانية وغيرهما.

ابن حبيب عن أَصْبَغ: يمضي بيعه، وإن باع لمنفعة نفسه، ثم رجع لقول ابن القاسم: إن باع لمنفعة نفسه ونحو ذلك فسخ.

قُلتُ: يريد: منفعة غير واجبة له، ولو كانت واجبة له لم يفسخ كبيعه عليه الدار لشركته معه فيها، وهي لا تنقسم.

قال غير ابن كنانة: بيعه على ولده جائز ولا يكلف المبتاع إثبات غنى الأب، وصلاح حاله.

قال عيسى عن ابن القاسم: إلا أن يكون الأب ممن يولي عليه؛ فلا يجوز بيعه، وإن لم يكن في ولاية، وسمعه أَصْبَغ من ابن القاسم.

قال ابن مالك: بعد الإعذار للمبتاع فيما ثبت من سفهه، وقال القاضي ابن بشير: بيعه على ولده ماض، ولو كان الأب سفيهًا معدمًا، والولد صغير، وخالفه شُيُوخ عصره، واحتجوا بسماع أَصْبَغ.

قُلتُ: لم يحك ابن رُشْد قول القاضي ابن بشير بحال، وقال: بيع الأب عقار ابنه الذي في حجره إن كان على وجه النظر جائز من غير قصره على وجوه معدودة، وهو محمول على النظر حتى يثبت خلافه، ولو كان مفلسًا على ما نص عليه في هذا السماع.

وفيها: لا يبيع الوصي عقار اليتامى، ولا العبد الذي يحسن القيام بهم، إلا أن

يكون لبيع العقار وجه من ملك بجواره يرغبه في الثمن، أو ما لا كفاية في غلته، وليس لهم ما ينفق منه عليهم.

الصقلي: ولمالك في المجموعة: لا يباع عليه إلا في الدين على الميت أو حاجة أو خوف خرابه.

قال بعض أصحابنا لأبيه: بيعه عليه بخلاف الوصي، قال: ولا يهب الوصي ربعه للثواب؛ لأن الهبة إذا فاتت بيد الموهوب له إنما عليه قيمتها وهو لا يبيع بالقيمة، وللأب هبة مال ولده الصغير للثواب.

الصقلي: الوصي العدل، كالأب يجوز له ما لا يجوز للأب أن يبيع عقاره إلا لوجه نظر كالوصي.

قُلتُ: تأمل هذا مع نقل المتيطي أولا أنه على النظر اتفاقًا ابن رُشْد في سماع أَصْبَغ لا يجوز للوصي بيع عقار اليتيم إلا لوجوه حصرها أهل العلم بالعد.

قُلتُ: حاصل حدها أحد عشر وجهًا دين لا فضلة له من غير ثمنه أو نفقة اليتيم، أو كثرة الثمن.

قال ابن فتوح عن سَحنون: ويكون مال اليتيم طيبا حلالاً، ونقل عنه المتيطي إن كان مثل عمر بن عبد العزيز.

قُلتُ: الأخذ بهذا يوجب تعذره.

قال ابن أبي عمران: فإن علم الوصي أن الملك خبيث المال ضمن، وإن لم يعلم فللابن إلزامه ثمنا حلالا أو تباع الدار عليه فيه، ولا ضمان على الوصي إن لم يعلم زاد في هذا الوجه، ويرجو أن يعوض له ما هو أفيد أو لخرابه، وليس ثم ما يصلحه به أو لشركة فيه ليعوضه ما لا شركة فيه، أو لدعوى شريكه فيما لا ينقسم بيعه.

قال المتيطي: ولا مال لليتيم يبتاع له به تلك الحصة أو لكونه موظفًا ليستبدل به حرا، أو لأنه لا يعود بنفع ابن زياد وابن أبي زَمَنَيْن، أو تكون دارًا بين اليهود يشتري له بين المسلمين، أو تكون مثقلة بالغرم.

ابن الطلاع: أو يخشى عليها النزول، وقد كنت جمعتها في ستة أبيات هي هذه:

وبيع عقار عن يتيم لقوته | وهدم وما يبنى به غير حاصل
ودين ولا مقضي منه سواه قل | وشرك به يرجى به ملك كامل
ودعوى شريك لا سبيل لقسمه | وذي ثمن حل كثير وطائل
كذا العاري عن نفع وما خيف غصبه | أو الدار في دور اليهود الأراذل
وما ناله توظيف أو ثقل مغرم | فجدها جوابا عن سؤال لسائل
ودعوى شريك البيع قيد بعضهم | بلا ثمن يعطى لداع مفاصل

ويطلب في البيع عليه ذكر كونه أولى ما يباع عليه من نفقة أو دين، وكونه بعد شهرته وطلب الزيادة فيه، فإن باع مساومة، وأصاب وجه البيع، واستقصى الثمن جاز.

ابن فتوح: ويجوز للحاضن والحاضنة ولو كان أجنبيًا البيع على محضونه إذا لم يكن له شيء يقوم بنفقته في حضر أو بدو، دون إذن قاض إن كان تافها.

قال محمد بن أحمد: العشرين دينارًا، وقال أحمد بن سعيد: العشرة دنانير ونحوها ابن زَرْب ثلاثون دينارًا، وأباه أهل عصرنا، وهذا العدد المذكور في الواحد من الأيتام وليس لليتيم رده بعد كبره، والقول: أنه ليس للحاضن بيعه إلا بإذن الإمام ليس عليه العمل، والقول: أنه له البيع دون إذن الإمام في الشيء الكثير إن كان لمصلحة، ووافق السواد ليس عليه العمل، والأم الحاضنة أحرى في بيعها من حاضن غيرها.

وشرطه في الجميع ثبوت الحضانة وسداد البيع وأنه أولى ما يباع عليه.

وفي دياتها للأب: القصاص في جراح ابنه الصغير، ولا عفو له إلا بعوض، وكذا الوصي والنظر في شفعة السفيه لوليه فيها لو أسلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك، ولا قيام له إن كبر ابن فتوح كلاهما محمول على النظر، إلا أن يثبت أن إسقاطها سوء نظر، وأن الأخذ نظر وغبطة فيبقى على شفعته.

المتيطي عن غير واحد من الموثقين: إن ثبت أن إسقاطها سوء نظر فاليتيم باق على شفعته، وقال أبو عمران: إن سلم القاضي شفعة صغير، وليس ينظر لم يقطع شفعته؛

لأنه كمن رفع إليه الصغير فلم يحكم له، وليس كالأب والوصي يسلمان شفعته، وليس بنظر ذلك يقطع شفعته؛ لأنهما تركا التجربة، والنص لمالك في الأب والوصي كما ذكرنا ولحمديس في ذلك ترجيح.

قُلتُ: وحكم سكوت وليه في الشفعة، وحكم الخلع تقدم.

وكون الرق سببًا في الحجر يوجب أصالته في كل ذي رق إلا ما ارتفع بإذن نصًّا؛ كالمأذون له في التجر أولزومًا كالمكاتب.

اللخمي: المدبر والمعتق لأجل وأم الولد كالقن ووهم بعض شُيُوخ شهود تونس في أوائل هذا القرن فشهدوا في بيعها لما تقرر من عدم إنصاف أكثر قضاتها من تقديم من لا يحسن الطلب فضلاً عن الفقه لأهواء الله يعلمها، وكان سيدها غائب فبالغ في إنكار ذلك، فنقض فعلها ولو كانوا طلبة لقلت غرهم في ذلك لفظ أبي سعيد في كتاب الشفعة قال فيه ما نصه: ولأم الولد والمكاتب الشفعة، والعبد المأذون، وإن لم يكن مأذونًا؛ فذلك لسيده إن أحب أخذه الشفعة لعبده أو ترك.

قُلتُ: فظاهر هذا أنها كالمكاتب والمأذون له، وعليه فيه تعقب لإيهامه هذا، ولفظ المدَوَّنة سالم عنه لفظها في أول الكتاب.

قُلتُ: أم الولد والمكاتب ألهما الشفعة في قول مالك، قال: نعم؛ لأن العبيد لهم الشفعة عنده، وفي أخذه للعبد الشفعة إن كان مأذونًا له، وإن كان غير مأذون له فلسيده الأخذ، والترك وهذا اللفظ بعيد عن الإيهام المذكور من لفظ أبي سعيد، فمعنى قولها: أولاً الإعلام بثبوت الشفعة للأعم من ذي الاستقلال بالأخذ والقاصر عنه.

ومعنى قوله: ثانيًا تقسيمه لهما، وقول ابن شاس وابن الحاجب: للسيد الحجر على رقيقه، لفظ يوهم أصالة جواز فعله، وحمله على المأذون له بعيد؛ لأنه ذكره بعد هذا.

[باب في صيغة الإذن في التجر]

فصيغة الأذن ما دل عليه، ولو ظاهرًا والفعل الدال كالقول[1]:

عياض: في بعض رواياتها: من قال لعبده: أدِّ إليَّ الغلةَ لم يكن بذلك مأذونًا له، وفي المأذون منها من خلى بين عبده وبين التجارة تجر بها شاء، ولزم ذمته ما دائن الناس من كل تجارته؛ لأنه أقعده للناس، ولا يدرون لأي أنواع التجارة أقعده.

قال بعض شُيُوخ عبد الحق: لو أشهد أنه إنما أذن له في نوع خاص أو أعلمهم لم يلحقه دين في غيره، وهو دليل قولها: ولا يدري الناس لأي أنواع التجر أقعده.

وسمع أصبع ابن القاسم: من أمر عبده في التجارة بماله أنه لا يبيع ولا يشتري إلا بالنقد فداين الناس فهم أحق بما في يديه.

أَصْبَغ: لأنه مأذون حين أطلعه على البعض كمن أذن له ألا يتجر إلا في البز فتجر في غيره.

ابن القاسم: إن قصر ما بيده عن دينهم استحسنت كونه في ذمته وفيه ضعف، سَحنون: هو كما شرطه سيده كما لو أعطاه قراضًا كان به مأذونًا، وحكم القراض أن لا يبيع بالدين، فكذا إن شرط ألا يبيع بالدين.

عبد الحق: يحتمل كون هذا الخلاف إن لم يشهر ذلك ولم يعلنه.

قال ابن رُشْد في المقدمات: قال بعض شُيُوخ صقلية: إن بين تحجيره عليه التجر في نوع لزمه حجره فيه وهو صحيح في المعنى، قائم من المدَوَّنة والعتبيَّة.

وقال في البيان: دليل قول أصبع: كالمدَوَّنة؛ أنه لو أعلن بقصر إذنه على شيء لم يلزمه في غيره، ويدخل فيه الخلاف بالمعنى؛ لأنه من باب التحجير، فعلى قولنا: لا يحجر على العبد إلا عند السلطان لم ينفعه الإعلان بالقصر، وعلى قول سَحنون: أن له أن يحجر على عبده دون السلطان ينفعه ذلك.

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): هلا قال: ما دل عليه ظاهرًا قولاً أو فعلاً وهو أخصر مما ذكر.
قُلتُ: يظهر أنه زيادة بيان، وقد وقع في المدَوَّنة: أن من خلى بين عبده وبين التجارة تجر بها شاء، وهذا من الفعل، والله الموفق للصواب.

قُلتُ: يرد تخريجه الأول بأنه لا يلزم من لغو الحجر على من ثبت الإذن فيه وعمل به لغوه فيما قارن إذنه قبل العمل به.

قال: وظاهر قول سَحنون: أنه إن حجر عليه الدين أن الغرماء لا حق لهم فيما بيده من مال أذن له بالتجر فيه، وإن لم يعلموا بذلك، ومسألة القراض التي احتج بها لا يلزم ابن القاسم حجة بها؛ لأنه يخالفه فيها، ويقول: بلحوق الدين فيما بيده، إلا أن يعلموا أنه بيده قراض، وكذا في قراض الحر إن علموا ذلك وإن لم يعلموا ذلك افترق الحر من العبد؛ لأن الحر يضمن المال، فربه يحاص الغرماء فيه، والعبد لا يضمن لسيده فتنفرد الغرماء إن لم يعلموا بجميعه؛ لأنه فرط حين لم يعلمهم.

وقال ابن دحون: وقول سَحنون: ضعيف ليس المأذون له كالمقارض؛ لأن المأذون له لو حجر عليه التجر فيما عدى البز لزمه بخلاف المقارض، وليس قول ابن دحون بصحيح؛ لأن قول سَحنون إنما ضعف من أجل أنه جعل تحجير السيد على عبده الدين لازمًا للغرماء، وإن لم يعلموا بتحجيره المداينة عليه لا من أجل الفرق بين تحجير الدين على العبد وبين دفع المال إليه قراضًا؛ إذ قد بينا عدم الفرق بينهما.

قُلتُ: ففي لزوم تخصيص السيد تجر عبده بنوع ولغوه فيعم ثالثها: إن أعلن بذلك لسَحنون في سماع أَصْبَغ ابن القاسم، وتخريج ابن رُشْد على لغو تحجير السيد على عبده دون السلطان والسماع المذكور.

ورابعها: للخمي إن كان العبد يرى أنه لا يخالف ما حد له وإلا فالثاني وعليه قال: إن نقص المبيع من غير سبب العبد لم يلزمه، وإن كان من سببه ولم يصون به ماله كان في ماله الأقل من الثمن أو القيمة، وإن باع ما اشتراه تعديًا، والثمن قائم؛ فعليه الأقل من الثمن الأول أو الثاني، أو القيمة وإن تلف الثمن؛ لم يلزمه غرم من المال الذي بيده، وإن باع بالنسيئة وتغير سوق المبيع فلسيده رده وإجازته وإن تلف أو تغير من غير سبب المشتري، فكذلك وإن كان من سببه؛ فله إجازة ذلك، أو القيمة نقدًا، وإن كان حل الأجل؛ فله أخذ الثمن، وإن اشترى بالنسيئة فإن كان قائمًا؛ فله إمضاء ذلك أورده، وإن هلك من غير سبب العبد فهو من بائعه.

وإن حدث به عيب من غير سبب العبد رده السيد وأخذ ثمنه، وإن كان من سببه؛

فليس له رده، ويختلف هل يغرم العبد ذلك النقص أو يكون جناية في رقبته، وللسيد قبوله بالأقل من القيمة أو الثمن، إلا أن يرضى بائعه بأخذه معيبًا، ويتبع العبد بالعيب كما تقدم، وإن صون به ماله بأكل أو لبس؛ فعليه الأقل من الثمن أو القيمة، إلا أن يكون مكيلاً أولا يرضى البائع بالقيمة؛ فله الرجوع بالمثل على العبد أو السيد.

ابن الحاجب: حكم المأذون له في التجارة حكم الوكيل المفوض إليه.

قُلتُ: هو نص قولها إذا وضع العبد المفوض إليه من ثمن ما باع استيلافًا للتجر جاز، وكذا الوكيل لا الوكيل على بيع بعير أو جارية، وباحتمال قصده اتباع المدَوَّنة يرد تعقبه ابن عبد السلام بقوله: لم يتقدم له حكم الوكيل المفوض له، ولا غيره حتى تصح الإحالة عليه، إلا أنه عكس التشبيه في تشبيهه العبد بالوكيل المفوض إليه تابعًا للفظ التهذيب بالمعنى.

وفيها: ليس له أن يصنع طعامًا للناس إلا استيلافًا للتجر.

أبو سعيد: عنها وكذا تأخيره دينا له.

قُلتُ: ولفظها قلت: أيجوز له أن يؤخر بالثمن قال: قال مالك: فذكر ما تقدم له في الوضيعة.

عياض: ظاهره جواز التأخير استيلافًا، وفي إلغاء منفعة السلف؛ إذ ليست من المؤخر ومنعه سَحنون وهو أظهر، ورده ابن عبد السلام بأنها منفعة غير محققة الحصول، وبأن التجر يجوز له التأخير طلبا لمحمدة الثناء؛ ويرد بأنه إذ أراد بنفي تحقق المنفعة نفي ظنها منع، وإن أراد نفي علمها لم يضر؛ لأن الظن كاف.

وقوله: بجوازه في الحر طلبًا للثناء ممنوع.

وفيها: ولا يعير شيئًا من ماله بغير إذن سيده.

الصقلي عن محمد، قال غيره: لا بأس أن يعير دابته للمكان القريب ويعطي السائل الكسرة والقبضة.

قُلتُ: كذا قيل في الوصي من المال: غير القليل.

ابن الحاجب: وله أن يتصرف في الوصية له والهبة ونحوهما، ويقبلهما بغير إذنه وكذا غير المأذون.

قُلتُ: قوله في الوصية والهبة: غير محتاج إليه لوضوح كونها من جملة مال العبد فيجب عليه حجر التصرف فيه، وأما استقلاله، وإن كان غير مأذون له بقبول الهبة فمقتضى قول وصاياها: من أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز، ولا ينزع ذلك الابن منه، وقد يؤخذ من أخذ الأشياخ من قول نكاحها الثاني: روى ابن نافع: من زوج أمته من عبده ثم وهبها له يغتري فسخ نكاحه وأن يحلها لنفسه أو لغيره لم يجز، ولا تحرم بذلك على الزوج جبر السيد عبده على قبوله الهبة وعدم استقلاله بقبول الهبة؛ لأنه لو استقل بالقبول استقل بالرد، وكلما استقل به لم يصح جبره بيان الصغرى أن الاستقلال بالقبول موجب للاستقلال بالرد أصله المفلس لما استقل بقبول الهبة استقل بردها، ولو كره غرماؤه عكسه الصبي لما لم يستقل بقبول الهبة عن وليه لم يستقل بردها، وصدق الكبرى واضح ينتج لو استقل بالقبول لم يصح جبره، واللازم باطل، فأخذ الأشياخ نقيضه من قولها المذكور فيثبت نقيض الملزوم، وهو عدم استقلاله وهو المدعي.

ومثل رواية ابن نافع سماع سَحنون: إن تصدق على عبد فأبى أن يقبل فلسيده أخذ ذلك، وإن أبى المتصدق من ذلك ابن رُشْد اتفاقًا، والأول هو ظاهر قولها، وما وهب للمأذون، وقد اسغترقه دين؛ فغرماؤه أحق بدينه من سيده، وسيده أحق بكسبه، وعمل يده، وأرش خراجه، وقيمته إن قتل وما فضل بيده من خراجه؛ وإنما لهم ذلك فيما وهب للعبد، أو تصدق به عليه أو أوصى له به فقبله العبد.

قُلتُ: فظاهر قوله: فقبله العبد استقلاله بالقبول؛ ولذا جعله بعضهم خلاف ما تقدم في نكاحها الثاني.

وفي تعلق الدين بما أعطيه مطلقًا أو بشرط كون الإعطاء لقضاء الدين نقلا الصقلي عن الشَّيخ والقابسي.

اللخمي: إن علم قصد معطيه كونه ليتسع بالنفع به لم يتعلق به دينه، وفي استلزام الإذن في التجر أخذ القراض وإعطائه نقلا الصقلي عن ابن القاسم وأشهب بناء على أنه تجر أو إجارة، وإيداع للغير.

اللخمي: إن كثر المال وعلم أن مثله يبضع ويقارض؛ جاز في بعضه حسب

المعتاد، ويمنع أخذه ما يعمل فيه للناس، ويدع ما أذن له فيه ولا له أخذ زيادة على ما بيده كما ليس له أن يتجر في مائتين إن أعطاه سيده مائة، إلا أن يكون أذن السيد في غير مال دفعه إليه، ويعلم إن تجر به أن يكون من قراض أو بضاعة أو شبه ذلك، وقد تقدم في الرهن حكم تسرره، وقول نكاحها الأول وللمكاتب والعبد التجر في ماله بغير إذن السيد.

قال اللخمي في كتاب المأذون له: ومحمله على أنه العادة عندهم، ولأن يختلف أنه لا يستبيح ذلك بمجرد الإذن في التجارة؛ لأنه ليس مما يتضمنه الاسم، ولا يدخل في معناه.

قُلتُ: يريد: لا يدل عليه مطابقة ولا تضمنًا، وهذا لإدراكه بمجرد فطنته دلالة المطابقة والتضمن؛ لعدم مشاركته في أصول الفقه حسبما قاله المازري في كتاب الجنائز، ولا يتم قول اللخمي إلا بنفي الدلالة الثالثة، وهي دلالة الالتزام والتحقيق ثبوتها هنا؛ لأنه لا خلاف أعلمه في جواز وطيء المأذون له ما في ملكه حسبما تقدم في كتاب الرهن، فالإذن له بالتجر يصحح شراء الأمة وملكه إياها يوجب جواز وطئه إياها، فالإذن في التجر يستلزم الإذن في التسري، وهذا هو وجه المذهب خلاف ما زعمه اللخمي.

ومتعلق دينه ذمته كالحر لا رقبته ولا ذمة سيده.

فيها: لا يلزم السيد عهدة ما اشترى المأذون، إلا أن يضمنه ويباع العبد عليه في ذلك وتعلق الدين بالذمة أعم وأخص فالأعم تعلقه باعتبار صلاحية اقتضائه منها.

والأخص تعلقه بها باعتبار اقتضائه فقول ابن الحاجب: ويتعلق دينه بما في يديه، ثم بذمته هو بالمعنى الأخص، وقولها: كلما صار بيد المأذون بالطوع من معطيه من دين أو وديعة فاستهلكه فذلك في ذمته لا في رقبته هو بالمعنى الأعم.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم: من ضمن دينًا على عبده ثم باعه، وانتزع ماله ليس لرب دينه طلب سيده بحمالته به حتى يحل الأجل.

ابن رُشْد: قول ابن دحون: القياس منع سيده انتزاع ماله خوف؛ فليس السيد بل يباع بماله، فإذا حل الأجل اعتصره من العبد، فإن عسر به اتبع بائعه لحمالته صحيح،

ولو لم يتحمل به لم يصح انتزاعه؛ لأن دين المأذون له فيما بيده قبل الإذن، وفي كسبه من التجر، وفيما فضل عما خارجه به سيده من عمله، وليس لسيده انتزاع شيء من ذلك، وغير المأذون له ما استدانه بغير إذن سيده له إسقاطه فأحرى أن له انتزاع ماله.

وقولها: وما لزم ذمة العبد لا يكون في فاضل خراجه؛ بل فيما أعطيه هبة أو وصية معناه في غير المأذون له، وفيما لزم ذمته وليس لسيده إسقاطه؛ لأن ماله إسقاطه لا يؤخذ مما وهب له.

قُلتُ: ما لزم ذمته، وليس لسيده إسقاطه.

قال في سماع يحيى: هو أن يستدين بإذن سيده دون إذن له في التجر.

وفيها: قيل لمالك: أيبيع المأذون له أم ولده؟.

قال: إن أذن له سيده؛ فذلك له ابن القاسم، وتباع فيما عليه من دين للغرماء؛ لأنها مال له، ولم يدخلها من الحرية ما دخل أم ولد الحر.

وفي آخر عتقها: الأول: وإذا ملك المأذون له من أقاربه من يعتق على الحر لم يبعهم إلا بإذن سيده، ولم يبع أم ولده إلا بإذنه.

وسمع أصبغ ابن القاسم في الاستبراء: لا تباع أم ولده لغرمائه، وهي حامل حتى تضع؛ لأن ما في بطنها لسيده ولا يجوز استثناؤه، وإن لم يكن عليه دين جاز بيعها بإذنه وإن كانت حاملاً.

أَصْبَغ: إن إذن له جاز بيعه علم حملها أو لم يعلم.

ابن رُشْد: لو بيعت في دينه ثم ظهر حملها ففي تمكن السيد من فسخ بيعها قولا الصقليين لاعتبار حق السيد أو لتغليب كون البيع وقع بأمر جائز، والأول الصحيح، وعليه لا بد فيها من المواضعة، ولو كان وضيعة لفسخ بيعها بالحمل، وعلى الثاني إن كانت رفيعة كاملة لم يطأها.

وفي كون وقف بيعها في غير الدين على إذن سيده لرعي القول بأنها تكون له أم ولد إن عتق، أو لخوف كونها حاملاً، والأول صحيح؛ لأنه لا يبيعها حتى يستبريها، وإن باعها قبله، فلابد من مواضعتها لحق السيد في ولدها، وإن أذن سيده في بيعها فظهر بها حمل لزمه، ولو لم يكن علم بها؛ لأنها محمولة على أنها حامل؛ لأن جل النساء على الحمل

كما قال مالك: ولو ردها مشتريها بعيب حملها، فعلى أن الرد بالعيب نقض بيع الولد لسيده، وعلى أنه ابتداء بيع للعبد ولأَصْبَغ عن ابن القاسم إن باعها لغير دين بغير إذن سيده مضى البيع؛ لأن رعي الخلاف إنما يكون في الابتداء لا الإنتهاء، ولو باع ولده منها بغير إذنه رد بيعه؛ إذ لا اختلاف في عتقه عليه إذا أعتق.

قُلتُ: بل لأنه محض ملك السيد.

اللخمي: إن صار ولده بيده بشراء أو عطية بيع لغرمائه، إلا أن يعلم قصد معطيه بقاءه بيده، فلا يباع لهم ولو اشترى زوجته حاملا بيعت لغرمائه قبل وضعها، ولو وضعت لاختلاف فيها قياسًا على الأمة تلد في أيام الخيار في كون ولدها للبائع أو للمشتري، وهذا أحسن.

واتفق على أن من أعتق ما في بطن أمته ثم باعها ولم يبين، فوضعت أن البيع يرد في الولد بما ينوبه من الثمن.

وفيها: لا يحجر ولي على وليه ولا سيد على مأذون له إلا عند الأمين، فيوقفه السلطان للناس، ويسمع به في مجالسه، ويشهد على ذلك فبيعه وابتياعه بعد ذلك مردود.

اللخمي: إن لم يطل أمد الإذن له كفى تحجير السيد وإعلامه أهل سوقه، ومن يرى أنه يخالطه أو يعامله، وإن طالت إقامته، واشتهرت تجارته كان حجره عند السلطان، ولو حجر عليه سيده وبالغ ففعل السلطان أجزأ وإلا فلا.

وقول ابن الحاجب: والانتزاع إن لم يكن غرماء من المأذون كغيره هو قولها أولاً، ولسيده انتزاع ماله ومال أم ولده ومدبره لا مكاتبه، وقولها: آخرًا، وليس لسيده في ماله شيء إلا ما يفضل عن دينه إن داينه به.

وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب النكاح: تزويجه أمة أم ولده ليس بانتزاع.

ابن رُشْد: لأن الانتزاع أما بتصريح به أو بفعل ما لا يصح إلا بعده، كوطئه الأمة أو عتقها أو هبتها، وفي الرهن اختلاف تقدم في الرهن.

وفيها: لا يجوز للمسلم أن يستتجر عبده النصراني، ولا يأمره ببيع شيء لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: 161].

اللخمي: لا ينبغي للسيد أن يأذن لعبده في التجر إن كان يعمل بالربا أو خائنًا في معاملته، فإن ربح في معاملته بالربا تصدق بالفضل، وإن كان يجهل وجه الفساد في التجر استحسن صدقته بالربح، وإن كان العبد نصرانيًا، وتجر به مع أهل دينه بالخمر أو بالربا، فعلى أنهم مخاطبون، فكما تقدم في معاملتهم المسلمين وعلى عدم خطابهم يسوغ لسيده ما أتى به من ذلك.

وقد ورث ابن عمر عبد الله عبدًا كان يبيع الخمر.

قُلتُ: هذا نصها في آخر الولاء منها.

اللخمي: هذا في تجره لنفسه، وإن تجر لسيده لم يجز شيء من ذلك.

عياض: في السلم الثاني منها.

وقوله: وأن يبيع الخمر ويبتاعها.

قيل: مراده بعبده هنا مكاتبه؛ إذ لا تحجير له عليه، وقيل: مأذون له فلس، وعنده خمر وقيل في مأذون له يتجر بمال نفسه، وقيل: في قوته ومعاوضته فيه، وقيل: فيما تركه له سيده توسعة له.

وفي غير موضع منها لسيد العبد غير المأذون له رد ما استدانه بغير إذنه، فإن جهله حتى عتق لزمه وعتقه في العتق.

[باب في المرض المخوف]

والمذهب: أن مخوف المرض يوجب الحجر على المريض في تبرعاته، وصرف ماله فيما لا يحتاج إليه من منتفع به زائدًا على ثلثه لحق وارثه، فإن صح فلا حجر.

وفي تعجيل تنفيذ ما حمله ثلثه من مقصور عليه إن كان ماله مأمونًا روايتان في عتقها الأول من بتل في مرضه عتق عبده وماله مأمون تمت حرمته في كل أحكام الأحرار، وإن لم يكن مأمونًا وقف حتى يقوم في ثلثه بعد موته، وليس المال المأمون عند مالك إلا الدور والأرضون والنخل والعقار، ولمالك قول ثان في المبتل في المرض: أن حكمه حكم العبد حتى يعتق بعد الموت في الثلث، ثم رجع إلى ما وصفنا.

وبيعه جائز ومحاباته في ثلثه إن توفي من مرضه وهي لغير وارث، فإن كانت له؛

بطلت إلا أن يجيزها له بقية الورثة.

وفي كونها كابتداء عطية تفتقر لحوز أو لمجرد رفع تعقب فلا تفتقر إليه نقلا المتيطي عن كل الموثقين وغيرهم، وضعفه قال: والمعتبر في المحابات يوم فعلها لا يوم الحكم وحوالة الأسواق بعد ذلك بزيادة أو نقص لغو.

قُلتُ: عزاه ابن عات لابن مغيث، وزاد: فإن اختلفت المحابات في مرض فعله المحاباة جعل أقلها في الثلث.

ابن عات: انظر الصقلي في إقالة المريض في السلم، وفي وصايا الواضحة ما ظاهره خلاف ما ذكره ابن مغيث والصقلي.

وفي البيوع الفاسدة منها: وبيع المريض من ولده بغير محاباة جائز.

التونسي: إن حاباه بعين المبيع كبيعه منه خيار ماله؛ فللورثة نقض ذلك، ولو زاد ثمنه على قيمته.

وإن حاباه في ثمنه فقط كبيعه منه بمائة ما قيمته مائتان فعند ابن القاسم له بقدر ثمنه فقط، ولو أتم بقية الثمن ما كان ذلك له؛ لأن أصل البيع وقع على التأليج، وقيل: إن أتم بقية المحاباة؛ فلا قول للورثة.

قُلتُ: بناء على أن المحاباة في المثمون أو الثمن، ومخوف المرض تقدم في طلاق المريض وعد ابن الحاجب في المخوف بلوغ حمل المرأة ستة أشهر.

وقال المتيطي في كتاب الهبات: الحامل كالصحيحة حتى تدخل ستة أشهر، وقال بعضهم: حتى تدخل في السابع.

وقال ابن شهاب: حتى يأخذها الطلق، وأخذ به الداودي.

وقال ابن المسيب: هي بمنزلة المريض من أول حملها.

قُلتُ: ما حكاه عن بعضهم: حتى تدخل في السابع هو الذي فسر به عياض المذهب في كتاب الخيار، ونحوه قول المازري فيه.

ذكر إسماعيل القاضي عن ابن الماجِشُون: أن الحامل إذا جاوزت ستة أشهر كانت كالمريضة عطيتها في الثلث، وللمازري نحو قول الداودي، وبما ذكر المتيطي أولاً فسر ابن عبد السلام قول ابن الحاجب.

قال: ظاهره بدخولها في السادس يحكم لها بحكم المريض في هذا الأصل قولان.

قُلتُ: والصواب نقل عياض، وفي عزوه المازري لإسماعيل عن ابن الماجِشُون قصور؛ لأنه نص الموطأ، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: 233]، ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15]، ففي الحكم لها بالمرض المخوف بدخولها في السادس أو السابع، ثالثها: بالطلق لنقلي المتيطي والمازري مع الداودي، وسمع عيسى ابن القاسم علم بلوغها ستة أشهر بقولها: ولا يسأل النساء عن ذلك.

والمذهب: ثبوت حجر الزوج على زوجته في تبرعها بزائد على ثلثها.

ابن رُشْد: في رسم الكبش من سماع يحيى في الهبات: قضاء ذات الزوج في أكثر من ثلثها تبرعًا لا يجوز دون إذن زوجها في قول مالك، وكل أصحابه لقوله ﷺ: لا يجوز لامرأة قضاء في ذي بال من مالها بغير إذن زوجها.

قُلتُ: لا أعرف هذا الحديث من كتب الحديث إنما ذكره ابن حبيب، وأحاديثه لا تستقل بالصحة؛ بل يجب البحث فيها حسبما ذكره عبد الحق وغيره.

وخرج النسائي عن حسين بن عمر المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو بن العاصي، قال: لما فتح رسول الله ﷺ مكة قام خطيبًا فقال في خطبته: لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها[1]، ورواه داوود بن أبي هند، وحبيب المعلم عن عمرو بن شعيب بهذا الإسناد.

قال: لا يجوز لامرأة هبة في مالها إذا ملك زوجها عصمتها، ذكره النسائي أيضًا.

قال عبد الحق: وتقدم الكلام على ضعف هذا الإسناد.

وفي البخاري عن ميمونة: أنها أعتقت وليدة، ولم تستأذن رسول الله ﷺ، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي، قال:

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (3546) و(3547) في البيوع، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، والنسائي: 5/65 و66 في الزكاة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها.

أوفعلت. قال: نعم، قال: أما أنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك[1].

محمد: ولولي لزوج منع زوجته إعطاءها أكثر من ثلثها.

وسمع أَصْبَغ ابن وَهْب: لا حجر للحر على زوجته الأمة ماها لسيدها، وفي لغو حجر زوج الحرة عبدًا عليها، وكونه كحر سماع أَصْبَغ في كتاب المديان.

ابن وَهْب قائلاً: قول ابن وَهْب ليس بشيء، وسماع القرينين مع سماع أبي زيد ابن القاسم.

عياض في كتاب الكفالة: قوله: لأن الرجل إنما يتزوج المرأة لمالها، ويرفع في صداقها لمالها حجة لقول بعض المتأخرين إنما له متكلم في مالها من مال حين نكاحها، وما يرجى لها من ميراث ظاهر، وشبهه لا من فائدة طرت عليها من زوج لم يحتسب؛ لأنه يتزوجها عليه.

ابن رُشْد: في سماع يحيى من الهبات: فعلها في الثلث فأقل على عدم الضرر حتى يعلم أنها قصدته، فإن علم ففي جوازه، ثالثها: إن كان أقل من الثلث لسَحنون مع سماع يحيى ابن القاسم في الهبات.

وقول غير ابن القاسم في سماعه يحيى فيه مع ظاهر سماع أشهب في الأقضية، ولسَحنون عن ابن القاسم في سماعه يحيى، وعزا اللخمي الأول لأَصْبَغ وابن القاسم، والثاني لرواية ابن حبيب، ولم يذكر الثالث قال: والأول أبين.

قال: واختلف في الوصية بالثلث على وجه الضرر، وعزا الصقلي الثاني لرواية الأخوين وأشهب، ولم يذكر القول الثالث، وفي كون تدبيرهما كعتقها أو كبيعها نقلا الصقلي عن ابن الماجِشُون، وابن حبيب مع أَصْبَغ.

المتيطي: ورواه مُطَرِّف وابن القاسم: ولو أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره فلابن حبيب عن ابن القاسم جاز، ولو أعتقته كله لم يجز، وقاله ابن أبي حازم، وروى الأخوان بطلانه، وقاله المغيرة وابن دينار.

---

(1) أخرجه البخاري: 5/161 في الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها، ومسلم: رقم (999) في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد.

وفيها مع غيرها: كفالتها كعطيتها.

اللخمي: في منعه كفالتها بأكثر من ثلثها بموسر قولا ابن القاسم، وابن الماجِشُون، وهو أشبه؛ لأن الغالب بقاء اليسر، وإن احتيج فإلى البعض، وإن تكفلت بزوجها.

وقالت: أكرهني لم تصدق.

أشهب: إن ثبت لزمها إلا أن يعلم رب الحق وإن لم يثبت، وقال: لم أعلم حلف إن اتهم بعلم ذلك كقريب الجوار، فإن نكل حلفت أنه علم وبريت، وإن لم يتهم لم يحلف، وإن تحملت له وقالت: أكرهني فإن قامت بينة أنه ظاهر الإساءة لها، وقلة ورعه فيها وقهره لها وتحامله عليها بما لا يحل حلفت، وسقطت حمالتها، فألزمها الكفالة للأجنبي مع الإكراه، إذا لم يعلم؛ لأنها غرته، إلا أن تكون كفالتها بعد عقد البيع، ولم ينقص ماله عن يوم الحمالة، ولم يلزمها الكفالة له؛ لأنه المكره، وهو عالم.

ولمحمد بن عبد الحَكم: إن تكفلت ذات الزوج بوجه رجل على أنه لا مال عليها فلزوجها رد حمالتها؛ لأنه يقول: تحبس، ويمنع منها وتخرج للخصومة.

ولو أقرضت أكثر من ثلثها؛ ففي تمكين الزوج من رده ككفالتها قولان للمتيطي عن الشارقي عن ابن الشقاق وابن دحون قائلا: لأنها في الكفالة مطلوبة وفي القرض طالبة.

وفي كون فعلها على الجواز حتى يرد وعكسه قولان، لقول ابن رُشْد حكي عن ابن القاسم مع ظاهر قولها في رسم الكراء والأقضية وسَحنون في سماع ابن القاسم من العتق، وابن حبيب عن الأخوين، وعزا الصقلي الأول لأَصْبَغ مع رواية ابن القاسم.

ابن رُشْد: وعلى الأول إن ادعى الزوج أنه أكثر من الثلث لزمه إثباته ببينة.

وعلى الثاني: إن ادعت أنه الثلث فعليها إثباته.

ولو طلقها أو مات عنها قبل رده ذلك، أو قبل علمه فطريقان الصقلي مضى ذلك، وأجمعوا عليه.

ابن رُشْد في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم في العتق، هذا مشهور المذهب ولمحمد عن بعض أصحاب مالك: إن زالت العصمة والعبد بيدها فلها استرقاقه،

وهو على أن فعلها على الرد، ولو بقي ذلك بعد رد الزوج بيدها لم تفوته إلى أن زالت عصمته لم يلزمها شيء في الهبة والصدقة اتفاقًا.

وفي العتق؛ ثالثها: تؤمر به ولا تجبر لأشهب والأخوين، وابن القاسم، ولها التصرف بها شاءت قبل أن تتأيم بعد الرد اتفاقًا، ولو لم يعلم الزوج حتى ماتت ففي تمكينه من رد فعلها، قولا سَحنون مع الأخوين، وأَصْبَغ عن ابن القاسم.

وفي عموم رد الزوج تبرعها بأكثر من ثلثها جميعه، وقصره على الزائد على الثلث قولا ابن القاسم، والمغيرة فيها، ولم يعزه ابن رُشْد إلا لعبد العزيز بن أبي سلمة الصقلي، ورواه ابن الماجِشُون في الصدقة، وفي العتق يرد جميعه؛ لئلا يعتق بعض عبد.

وقال مُطَرِّف: ما علمت مالكًا فرق بين ذلك، وكله مردود.

ابن حبيب: بقول ابن الماجِشُون أقول.

قال الأخوان وأَصْبَغ: ولها النفقة على أبويها، وإن جاوز ذلك الثلث؛ لأن الحكم يوجبه.

وفيها: إلا أن يزيد على الثلث؛ كالدينار وما خف هذا يعلم أنها لم ترد به ضررًا فيمضي الثلث مع ما زادت، وقد قال مالك فيمن أوصى بجارية له: أن تعتق إن حملها الثلث، وإلا فلا فزاد ثمنها عليه دينارًا أو دينارين لا تحرم العتق به.

ابن القاسم: ما زاد من قيمتها على الثلث إن قل غرمته الجارية، وإن لم يكن معها اتبعت به.

المتيطي: اختلف إن زادت على الثلث الدينار ونحوه، فذكر قولها.

قال: وقال ابن نافع: للزوج رد ما زاد على الثلث من قليل وكثير.

وفي تكرر فعلها اضطراب:

الصقلي عن أَصْبَغ: إن أعتقت رأسًا ثم رأسا ثم رأسًا، وزوجها غائب فقدم، فإن نكل، وكان بين ذلك اليوم واليومان فكعتقها ذلك في كلمة واحدة إن حمل ثلثها جميعهم، وإلا رد الجميع، وإن كان بين ذلك الشهر أو الشهران جاز الأول إن حمله الثلث ورد ما بعده، وإن حمله الثلث مع الأول؛ لأن مخرجه الضرر، وإن تباعد ما بين الوقتين كستة أشهر فهو كعتق مؤتنف ينظر الثلث في كل وقت.

الصقلي: قوله: إن كان ما بين ذلك مثل شهر أو شهرين؛ جاز الأول إن حمله الثلث ورد ما بعده، وإن حمله الثلث مع الأول؛ لأن مخرجه الضرر غير صحيح.

وينبغي أن يجوز كعتقها إياهما في كلمة واحدة، إلا أن يعلم قصدها الضرر فيدخله ما تقدم من الخلاف.

ابن رُشْد في سماع يحيى من الهبات: إن فرقت مالها شيئًا بعد شيء، فإن قرب ما بين ذلك فإن كان الأول أكثر من الثلث رد الجميع، وإن كان الثلث جاز ورد ما بعده، وإن كان أقل من الثلث جاز، فإن كان ما يليه مع الأول الثلث جاز ورد ما بعده، وإن كان أكثر من الثلث رد ما بعده، هذا على قياس سماع عيسى ابن القاسم في العتق.

وقرب هذا الشهر والشهران على ما قاله ابن حبيب، وحكاه عن أَصْبَغ، قال: ولو قرب الأمر جدا كاليوم واليومين رد جميعه ككونه في عقد واحد، والقياس: لا فرق بين اليوم واليومين والشهر والشهرين في أنه يجب إمضاء الأول ورد الثاني، فقد قيل: إنه يمضي الثلث، ويرد ما زاد عليه، وإن كان في صفقة واحدة، فكيف ما في صفقتين، وإن بعد ما بين ذلك، فإن كان الأول الثلث فأقل؛ جاز ثم ما بعده إن كان ثلث الباقي فأقل؛ جاز، وإن كان أكثر لم يجز وإن كان الأول أكثر من الثلث؛ رد، ثم ما بعده إن كان أكثر من ثلث الجميع رد، وإن كان الثلث فأقل جاز هذا على قياس سماع يحيى بن القاسم في رسم المكاتب من العتق، وهذا التباعد ستة أشهر، حكاه ابن حبيب.

وقيل: كالعام؛ لأنه لا حد في غير ما مسألة، وقيل: إن تصدقت بثلثها لم تنفذ لها عطية في باقي مالها بحال، ولو بعد، قاله القاضي، إلا أن تفيد مالاً آخر؛ فلها التصرف في مثله، والقياس جواز قضائها في كل ما أفادت بعد النكاح، إذ لم تتزوج الزوج عليه.

اللخمي: إن تصدقت بثلث ثم بثلث الباقي وبعد ما بينهما، ففي مضي الثانية وبطلانها قولا محمد والقاضي، وهو أحسن.

وذكر ما تقدم لأَصْبَغ، وقال: أرى أن تمضي عطيتها الأولى ولو قرب ما بينهما؛ لأنا على شك في كون الثانية لقصد حدث بعد الأولى، أو لقصدها مع الأولى، إلا أن

تفيد مالا فلا تمنع من إحداث العطية، ولو قيل: لها إعطاء كل الفائدة كان صوابًا؛ لأنها إنما منعت فيما كان قبل نكاحها لقوله ﷺ: «**تنكح المرأة لأربع لمالها...**»[1] الحديث.

والفائدة: لم تتزوج لأجلها ولا زيد في مهرها لها، وقد يكون فيه مقال إن كان بميراث عن أبيها، وزيد في صداقها ليسرها.

(1) أخرجه البخاري: 115/9 في النكاح، باب الأكفاء في الدين، ومسلم: رقم (1466) في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين.

[كتاب الصلح]

الصلح: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه، وقول ابن رُشْد: هو قبض شيء عن عوض يدخل فيه محض البيع، وقول عياض: هو معاوضة عن دعوى يخرج عنه صلح الإقرار، وقول ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: الصلح معاوضة كالبيع، وإبراء وإسقاط تقسيم له لا تعريف، فلا يتوهم نقضه بمحض البيع، وهبة كل الدين أو بعضه؛ لعدم اندراجهما تحت مدرك التقسيم[1]، وهو من حيث ذاته

---

(1) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: انتقال عن حق ظاهر عنده أو نص أن الصلح ليس معاوضة، والفقهاء يقولون: الصلح بيع يقصدون به أن حكمه حكم البيع، وقد نقل عياض: أنه معاوضة عن دعوى.

قال: وهذا يخرج منه صلح الإقرار، ونقل عن ابن رُشْد: ما ذكر أولاً ورده بأنه غير مطرد لدخول البيع فصير رَحِمَهُ اللهُ الصلح ليس هو المعاوضة؛ وإنما هو الانتقال بها.

(فإن قلت): إذا كان رَحِمَهُ اللهُ قد أبطل الرسمين المذكورين بما ذكر فهلا قال: معاوضة عن حق إلخ، ويتم رسمه، ولا يصح عليه ورود ما أورده.

قُلتُ: يظهر أنه لو قاله لصح، والانتقال عن الحق؛ إنما هو سبب عن الصلح أو مسبب فتأمله.

قوله: (حق أو دعوى): الأول يدخل فيه الإقرار، والثاني صلح الإنكار، و(بعوض) تعلق بانتقال يخرج به الانتقال بغير عوض قوله: (لرفع نزاع) يخرج به بيع الدين، وما شابهه قوله: (أو خوف وقوعه)؛ ليدخل فيه الصلح عن محجور وما شابهه.

(فإن قلت): الصلح قد يكون عن إقرار وإنكار فكيف يدخل في حده.

قُلتُ: يدخل ذلك لصدق الحد على كل منهما.

(فإن قلت): السكوت إذا وقع الصلح فيه أيكون الرسم فيه غير منعكس لأنه صلح أم لا؟.

قُلتُ: قالوا: حكمه حكم الإقرار وفيه بحث؛ لأن هذا بناء على أنه يدخل تحت الحق، ويحتمل أن يدخل تحت قوله: أو دعوى وإذا كان إقرار وإنكار فحكمه حكم الإقرار.

(فإن قلت): ما معنى قول الشَّيخ في كلام ابن الحاجب؛ فلا يتوهم نقضه إلخ.

قُلتُ: أشار رَحِمَهُ اللهُ إلى أن بعض الناس أورد عليه ما ذكر من النقض توهمًا منه أن ابن الحاجب عرف الصلح.

قال الشَّيخ رَحِمَهُ اللهُ: وليس كذلك؛ بل قسمه لا عرفه، فلا يرد عليه نقض؛ لأن مورد التقسيم وهو لفظ الصلح لا يصدق على الصور المنقوض بها هذا معناه والله أعلم الذي لا رب سواه، ولا يتعين أن يكون تقسيمًا؛ بل تعريفًا لفظيًا انحصر مدلول اللفظ في المذكور، وقد قدمنا كثيرًا للشيخ منه، ويأتي

مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحته وحرمته وكراهته لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء أو راجحته كما مر في النكاح للخمي وغيره.

ابن رُشْد: لا بأس بندب القاضي الخصمين إليه، ما لم يتبين له الحق لأحدهما لقول عمر لأبي موسى: واحرص على الصلح ما لم يبن لك فصل القضاء.

وقيل في بعض المذاكرات: لا بأس به بعد التبين إن كان الدين لضعيف منهما كالندب لصدقة، ورد بأنه يوهم ثبوت الحق على من له الحق، أو سقوطه له، بخلاف الصدقة.

ابن رُشْد: إن أباه أحدهما فلا يلح عليهما إلحاحًا يوهم الإلزام.

قُلتُ: ونقل عن بعض القضاة بـاطرابلس جبره، عليه لعزل، ويتجه لإقرار وإنكار، فيقول عياض: بحكم السكوت والإقرار تكون القسمة حقيقية بين الشيء ونقيضه، والمساوي لنقيضه، فالأول: إن كان عن دين اعتبر فيه شرط صحة الاقتضاء، وشرط صحة بيع الدين وإسقاطه، فصلح الوارث بقدر حظه من صنف ما أخذه واضح؛ لأنه لما سواه واهب لخوف نزاع، وبزائد عن حظه فيه بائع حظه في غيره بالزائد، فيعتبر البيع والصرف وتعجيل قبض ما معه، وشرط بيع الدين بحضور المدين وإقراره فلو صولحت زوجة على دنانير من التركة قدر حظها فيها، جاز اتفاقًا مطلقًا وعلى أكثر من حظها، فيها في كونه كذلك، وشرطه باستيعابه كل دنانير التركة قولان لها

له في الغراسة انظره ووجدت بخط شيخنا أبي عبد الله محمد الطبري رَحِمَهُ اللهُ قال: انظر رسم الشَّيخ هنا فإنه مخالف لما حد به في فرضيه، ولم يبين المخالفة، ووجدت بخط شيخنا الإمام أبي عبد الله محمد بن عقاب رَحِمَهُ اللهُ فيما نقله الناقل عنه أنه قال أيضًا: انظر حد الصلح هنا، فإنه مخالف لما ذكره في فرضيه.

قال: لأنه جعل الدعوى قسيمة للحق، وقال في فرضيه: هو معاوضة عن دعوى انتقال الوارث عن نصيبه، وكل من الشَّيخين رحمهما الله قد غفل عن مراده في الفرضي، وفي الفقهي، ومراده في الفرضي؛ إنما هو صلح خاص؛ وهو صلح الورثة الذين في الميراث والصلح هنا أعم من ذلك فتأمله.

قال شيخنا الأخير رَحِمَهُ اللهُ: وذكر الانتقال فيه أشكال؛ لأنه مسبب عن الصلح لا أنه هو فتأمله، والله أعلم.

ولمحمد، فألزمه ابن محرز نقص كل الصرف في دنانير بدراهم نحاس.

عياض: إشارة شُيُوخنا أن قولها خلاف قول محمد، ليس بظاهر.

قُلتُ: جزم المازري بأنه خلاف وقرر موجب فساده عنده بأنها أخذت بالإرث ثمن كل دينار من العشرين التي أخذتها وباقي أثمانها أخذت عوضًا عن ثمنها في الستين الباقية، وباقي التركة، قال: ونوقض محمد بإلزامه أخذها قدر حظها من دنانير التركة، وأجاب بأن أخذها حظها فقط، محض قسم، والقسم يوجب اعتبار الأجزاء في الآحاد المتماثلة المشترط فيها مضمونة لتمام منها أخذها كاملة، وأخذها أكثر من حظها يوجب كون الزائد عليه مبايعة فينسحب حكمها على بائعها، فصار كل أخذ بيعا فبقيت أثمانها في كل دينار منها غير مضمونة؛ إنما يوجب ضمانها إنما هو القسم، وقد ألغي لعدم انفراده، وتغليب حكم البيع المقارن له عليه على ما معه، وتقدم قول أشهب في صلحها بدنانير من غير التركة في مسألة الجملين في السلم، والصلح عن المعيب بمبيع في كونه قبل فوته كمعاوضة فيه بعد رده، استواء الدوام عنده، ثالثها: إن كان بعد وجوبه ردت للمازري مع اللخمي عن أصل ابن القاسم وأشهب واختياره محمد برواية ابن القُصَّار، وقوله: ردت فسخ للبيع وإن لم يحكم به.

قال: فإن صالحه والثمن مائة دينار نقدت بعشرة من سكتها جاز على الأول نقدًا، وامتنع إلى أجل.

قُلتُ: لأنه بيع وسلف، وعلى الأول لأنه فسخ دين في دين؛ لأنه لما ملك الرد والعبد قائم كان كمن رده ثم اشتراه فيه نظر.

قال: وأجازه أشهب على جوازه أكثر من صرف دينار، ويجوز على أصله على دنانير، ولو من غير سكة الأولى، ولو لأجل، وعلى عوض مؤجل، ولو لم ينقد المائة جاز على نقد تسعين وتأخيره بعشرة ولو من غير السكة وبدراهم أو بعوض ولو لأجل لا على أصل أشهب؛ لأن البيع عنده منعقد فهو تأخير العشرة سلفًا جر منفعة، وفي تأخير الدراهم صرف مستأخر، وفي العوض فسخ دين في دين، وفي الدنانير من غير السكة تفاضل، وإن اصطلحا على قبض البائع المائة، ثم يرد بعد شهر عشرة دنانير من السكة أو غيرها أو دراهم امتنع على أصل ابن القاسم، وجاز على أصل أشهب، وعلى

رد عوض جاز على أصليهما.

اللخمي: إن فات المبيع أمرًا ألا يصطلحا بشيء حتى يعرفا قيمة للعيب، واختلف إن وقع قبله، فمنع ابن القاسم فيها، وأجازه في الموازيَّة، وأن الغالب وقوعه بالشيء البين، فإن وقع بدنانير من غير السكة لم يمض ونظر، فإن كان دون السكة ومثل قدر العيب جاز، وإن كان أجود مثل الوزن فأكثر جاز، وإلا لم يجز، وإن وقع بدنانير مؤجلة قبل معرفة قيمة العيب نظر، فإن كانت السكتان والوزن سواء أو كان الصلح أدنى سكة، أو أدنى ورقًا أو سكة جاز، وإن كانت سكة الصلح أجود لم يجز استواء الوزن أو اختلف.

ابن محرز: إن علم أن قيمة العيب أقل مما دفع أو أكثر جاز، وإن لم يقفا إلا على حقيقته؛ لأنه ليس بمعاوضة بمجهول ولا خطر.

الصقلي وابن محرز: قال أَصْبَغ: أجاز بعض أهل العلم الصلح، وإن لم يعرفا قيمة العيب.

زاد المازري: وفي الموازيَّة جوازه، والثمن دنانير، وأشار بعض الأشياخ إلى جوازه في كل الأنواع، كما حكاه أَصْبَغ عن بعض العلماء، وأشار بعض المتأخرين إلى أنه إن علم أنه بأقل من قيمة العيب أو أكثر جاز، وإنما يمنع إذا شك فيما وقع به الصلح هل هو قدر الواجب للعيب كما تحاكما، وقد قال أَصْبَغ: لو لم ينقد الثمن وفات العبد جاز التراضي على حط بعض الثمن قبل أن يعرفا قيمة العيب، ولا فرق في هذا بين نقد الثمن وعدمه.

قُلتُ: ففي جوازه قبل معرفة قيمة العيب، ثالثها: إن كان الثمن دنانير، ورابعها: إن كان الصلح بها لا يشك فيه أنه أكثر منها أو أقل، وخامسها: إن كان قبل نقد الثمن للخمي عن الموازيَّة مع المازري عن بعض الأشياخ، والمشهور، والمازري عن الموازيَّة وابن محرز عن أَصْبَغ.

وفي المقدمات: تحصيل تمام هذه المسألة أن بيع العبد بدنانير نقدًا، وفات العبد ونقد الثمن جاز الصلح بكل شيء بعد معرفة قيمة العيب نقدًا لا لأجل أنه فسخ دين في دين مع صرف مستأخر في بعض الصور أو سلفًا نفعًا لا بدنانير مثل قيمة العيب

فأقل، وإن لم ينقد الثمن؛ فجائز بعوض معين نقدًا أو بموصوف لأجل السلم، وبدارهم على حكم الصرف، وبذهب لا أعرفه نص رواية، وعندي: لا يجوز على قول مالك إلا مراطلة بعد معرفة قيمة العيب، واتفاقهما عليه، فإن أنكر لم يجز؛ لأنها مراطلة من المبتاع لإسقاط البائع عنه فوته إثبات العيب؛ إذ قد ينكل البائع فيجب حلف المبتاع، وعلى قول ابن القاسم يجوز مراطلة، وإن أنكر البائع العيب؛ لأن المبتاع إن كان صادقًا فلا نفع، وإلا لم يحل له أخذ شيء وبذهب إسقاطًا من الثمن جاز اتفاقًا، وإن بيع بدنانير مؤجلة جاز بغير العين نقدًا، وإلا كان فسخ دين في دين لا بدراهم، ولو نقدًا.

وفيها: لا يجوز بدنانير، فقال الشَّيخ وأحمد بن خالد: إن كانت أقل من قيمة العيب، وإلا جاز إذ لا تهمة في دفع قليل في كثير، ولا مثلا في مثل، وقيل: لا مطلقًا إن أنكر البائع العيب؛ لأنه لما طرح المبتاع الخصومة في العيب فصار سلفًا جر نفعًا، ودنانير في دنانير لأجل.

قُلتُ: وعزاه عبد الحق للقابسي.

ابن رُشْد: وإن لم يفت، والثمن نقد، وتقرر الصلح بعوض من المبتاع ليرد بجائز بعرض، ولو لأجل، وبدراهم نقدا أقل من صرف دينار لا يجوز إلا مقاصة، وبعرض من البائع لئلا يرد جائز، وبدنانير.

قُلتُ: من جنس الثمن، قال: لا بأجل أنه بيع وسلف، وإن تأخرت لا شرط جاز، وبدراهم لأجل لا يجوز، وشرط في نقدها بأنها أقل من صرف دينار، قولا ابن القاسم وأشهب وبعوض نقدا جائز، وفيه لأجل قولا ابن القاسم، وإن لم ينقد، والصلح بعرض من البائع لئلا يرد عليه غير جائز، بدنانير إلا مقاصة، وإلا كان غير جائز؛ لأنه عبد، وذهب بذهب وبدراهم نقدًا جائزٌ على قولي ابن القاسم وأشهب، لا لأجل، وبعرض معينًا نقدًا أو مضمونًا لأجل السلم جائز، ومن المشتري ليرد جائز بدنانير نقدا لا لأجل؛ لأنه بيع وسلف وبدارهم نقدًا جائز إن نقصت عن صرف دينار، وبعرض نقدا جائز لا لأجل؛ لأنه فسخ دين في دين، ولو كان بيعه بدنانير لأجل، والصلح بعرض من البائع لم يجز بدنانير إلا مقاصة من الثمن، ولا بدراهم مطلقًا يجوز بعرض نقدًا لا يؤجل، ومن المبتاع جائز بعرض نقدًا لا مؤجلاً، ولا بدراهم مطلقًا،

ولا بدنانير إلا مقاصة، ويدخله في زيادة دنانير ما يدخل مسألتي ربيعة ضع وتعجل، وذهب بذهب لأجل.

قُلتُ: سبقه به عبد الحق، ومن اطلع على عيب بطوق ذهب ابتاعه بدراهم، ففي جواز صلحه عنه بدنانير نقدا أو بدراهم، والسكة وحدة، ومنعه كمشتري دينار بدارهم اطلع علي عيب به، ثالثها: يجوز بدراهم ولو من غير السكة لابن القاسم فيها، وسَحنون قائلاً في قوله ذلك، واللخمي عن أشهب.

ابن محرز: فرق الشَّيخ لابن القاسم بين الطوق والدينار، فإن الصرف إنما وقع على دينار في الذمة، فامتنع الصلح عنه بدراهم؛ لأنه بيع له بالعيب ودراهم.

ابن الكاتب: لا يحتاج لإحضار الطوق بخلاف استحقاق خلخال أجيز بيعه؛ لأن الطوق مضمون على مشتريه، وخرج اللخمي على قول أشهب جوازه بدنانير أو بدارهم أو عرض لأجل؛ لأنه شراء خصومته، وعلى قولها: لو تأخرت الدارهم بغير شرط، ففي جوازه، ومنعه نقل ابن محرز عن بعض المذاكرين، وقوله مع عبد الحق عن بعض شُيُوخ القرويين، واحتج ابن محرز بما حاصله إن تأخرت الدنانير في مسألة العبد لا يحصل موجب فساد العقد؛ لأن فساده بالبيع والسلف؛ إنما هو بشرط لا بوقوعه دون شرط، وموجب فساده في مسألة الطوق؛ إنما هو التأخير في الصرف، ومجرد حصوله يوجب الفساد، وإن لم يشترط.

قُلتُ: ويريد: ما أشار إليه من شرط تأثير مقارنة السلف للبيع الفاسد شرطه لا بمجرد حصوله.

قوله في الصرف: إن ابتاع منه سلعة بثلثي دينار، فقال له بعد البيع: هذا دينار استوف منه ثلثيك وأمسك ثلثه انتفع به؛فلا بأس به إذا لم يكن في ذلك شرط، ولا عادة، ولا إضمار.

ابن عات: قال بعض العلماء: يجوز الصلح بذهب عن ورق وورق عن ذهب غير ناجز، وقاله القاضي منذر بن سعيد، وإنما كرهه مالك؛ لأنه حلمه محمل البيع، والقياس عند مالك وغيره أنه ليس ببيع إنما هو أصل في نفسه.

والصلح على الإنكار جائز:

قُلتُ: باعتبار عقده، وباطن الأمر إن كان الصادق المنكر، فالمأخوذ منه حرام وإلا فحلال، فإن وفى الحق برئ، وإلا فهو غاصب في الباقي، ولم يذكر فيه المازري ولا ابن القُصَّار ولا أحد من مشاهير شُيُوخ المذهب المعتاد منهم، نقل غرائب المذهب خلافًا في جوازه.

وقول ابن عبد السلام: لا أعرفه، وكان يجري لنا في البحث تخريج قول الشافعي من قول سَحنون: إن طلب السلامة شيئًا خفيفًا؛ لم يجز إلا أن يعطوه خلاف قولها في أول الجهاد في جامع: أنه أعطى مالاً؛ ليدفع عدى، وأن التخريج أحروي؛ لأن العداء في المحارب القتال المعروض للقتل وهو أشد عند الخصومة للمعروض للحلف.

قال ابن عبد السلام: والنفس لمذهب الشافعي أميل، وفي كتاب الجهاد من المدَوَّنة ما يقرب منه.

قُلتُ: أول الجهاد منها ما يدل على عكس الآخر من قولها، وإذا تنازع رجلان في اسم مكتوب في العطاء، فأعطى أحدهما مالاً على أن يبرأ له من ذلك الاسم؛ لم يجز؛ لأن الذي أعطى الدراهم إن كان صاحب الاسم، فقد أخذ الآخر ما لا يحل له، وإن كان الذي أخذ الدراهم هو صاحب الاسم لم يجز ذلك؛ لأنه لا يدري أقليلاً أم كثيرًا، ولا يدري ما تبع حياة صاحبه، وهذا عندي لا يجوز، ويرد بأن المنع في مسألة الجهاد إنما كان لدوران للأمر فيها بين أمرين كل واحد منهما موجب للفساد حسبما قرره فيها، والصلح على الإنكار ليس كذلك؛ لأنه على تقدير صدق المدعي لا موجب للفساد.

وفي الأيمان منها: من لزمته يمين فافتدى عنها بمال جاز فقيدها غير واحد بمقتضى الصلح على الإنكار فيما يجوز وما لا يجوز.

وفي المقدمات: عقده على حرام في حق كل منهما يفسخ اتفاقًا، كصلحه على دعوى عشرة دنانير أنكرها بدراهم مؤجلة في فسخه وإمضائه قولان للمشهور، وأَصْبَغ: والمكروه ما ظاهره الفساد غير محقق كونه في جهة معينة كدعوى كل واحد منهما على صاحبه بدنانير مؤجلة في فسخه فيصطلحان على تأخير كل منهما صاحبه

لأجل، قيل: يمضي.

وقال ابن الماجِشُون: يفسخ ما لم يطل.

قُلتُ: عزا اللخمي الأول لمُطَرِّف، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من أراد خلاف من أنكره ما ادعى عليه فصالحه على تأخيره فسخ، ورجعا على الخصومة.

ابن رُشْد: هذا على سماع أشهب، وقول مالك فيها: من صالح من ادعى عليه دنانير على تأخيره بها؛ جاز إن كان مقررًا بها، وأجازه ابن القاسم، ولو كان منكرًا.

قُلتُ: فقوله فيها خلاف سماع أشهب، وسماع أَصْبَغ في المديان هو منع تأخير من قام له به شاهد واحد على أنه لا يحلفه.

ابن رُشْد: هذا خلاف قول ابن القاسم فيها، وهو أظهر إن كان المنكر كاذبًا، وإن كان شاكًا في الدعوى عليه لم يجز، وسمع أشهب في الحمالة من له على رجل مائة دينار فسأله لدين أن ينظره ويعمل له بها حميل لا بأس بذلك.

فقال بعض الشُيُوخ: هذا خلاف سماع أشهب في الشاهد الواحد، وليس بخلاف؛ لأنه أحق بتأخيره لو شاء أخذه به عاجلاً، فهو كابتداء سلف بحميل، ولو كان معسرًا أو قام عليه؛ لم يجز عنده إلا بعض حقه، لم يجز تأخيره بجميعه على حميل به، ومن صالح على إنكار خصمه، ثم أقر له بدعواه؛ فله الرجوع بتمام حقه.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

الصقلي: قول سَحنون فيمن صالح عن دار بيده منكرًا دعوى مدعيها إن أقر بها لمدعيها أمضى الصلح أو رده وأخذها تفسير لقول مالك فيها.

المتيطي عن حمديس وابن أبي زَمَنَيْن: إقرار المنكر بعد علمه إن كان عالمًا ببينته، لا يوجب له عليه غرما.

وسمع ابن القاسم من صالح من حق له من أنكره، ثم وجد ذكر حقه؛ فله نقض صلحه إن عرف من قوله أنه ضاع ذكر حقه.

ابن رُشْد: دليله إن لم يعرف ذلك من قوله فلا قيام له، خلاف قولها في الصلح: إن صالح جاهلاً ببينة فله القيام بها بما شاء، مثل رواية كتاب الجدار لا قيام له بها، ويحتمل أن معنى قوله في السماع: إذا عرف هذا من قوله؛ أنه يرجع ببقية حقه دون يمين، وإن لم

يعرف ذلك منه؛ لم يرجع به إلا بعد يمينه أنه إنما صالحه وكتبه قد ضاع، ولا يعرف شهوده فلا يكون خلاف قولها في الصلح؛ بل مفسدًا له في إيجاب اليمين، وفرق في كتاب الجدار بين المسألتين، فيتحصل في صحة قيامه بالبينة، وبذكر الحق، ثالثها: به لا بها، ويحتمل أن يقال في هذه الرواية على ظاهرها أنها ليست بخلاف في المدَوَّنة، وإنما فرق بين المسألتين، فيأتي على هذا، وهو تأويل في المسألتين قول رابع، وفي التفرقة عكس ما في كتاب الجدار.

المتيطي وابن فتوح: إن ذكر في الصلح إسقاط البينات فلا قيام له بها، ولو لم يكن علمها، وإن لم يذكره فيه، فله القيام بها إن لم يعلمها حين الصلح بعد حلفه ما كان عالمًا بها، وحلفه هذا إنما يكون بعد قيامه بالبينة، وقبولها؛ لأنه لو حلف قبل قبولها، ثم ردت لم يفد حلفه شيئًا إلا أن يكون في الخصام اتعاب للمطلوب بحيث يرفعه عن شغله إلى الخصومة وأداء البينة على عينه، فالقياس إحلاف الطالب قبل تمكينه، وإتعاب خصمه.

ابن رُشْد: أحلفه عالما بينته القريبة الغيبة لم يكن له قيام بها، اتفاقًا، ولو كانت بعيدة فاستحلفه أو صالحه' ففي صحة قيامه بها إن حضرت، ثالثها: قولها: يقوم بها إن استحلفه، لا إن صالحه.

الصقلي لأَصْبَغ عن ابن القاسم: إن بعدت غيبة البينة جدًّا فأشهد أنه إنما يصالح لذلك؛ فله القيام بها.

الصقلي: إن أعلن بالشهادة ينبغي أنه لا يختلف فيه كقوله للحاكم بينتي بعيدة الغيبة، فأحلفه لي، فإن قدمت قمت بها فيحلف له، وله القيام ببينته، وإن لم يشهد على الغريم بذلك، وأشهد به سرًا أو صالح عالمًا بينته؛ ففي صحة قيامها بها قولان.

وفيها: قلت: فإن كان ادعى دارًا بيد رجل، فأنكره فصالحه على مال، ثم أقر له المطلوب.

قال: قال مالك: من ادعى قبل رجل مالاً فأنكره فصالحه على شيء آخذه منه، ثم وجد بينته، فإن كان عالمًا بها فلا قيام له بها، ولو كانت غائبة يخاف موتها، وإن لم يعلم بها؛ فله القيام بها، فهذا يدلك على مسألتك فاستشكل الجواب، فاختصارها البراذعي سؤالاً وجوابًا بالموضوع جواب ابن القاسم بقياسه، وهو قياس أحروي؛ لأن الإقرار

أقوى من البينة التي لم يعلمها، وجواب ذلك بتقرير إشكال الجواب من وجواب من وجهين: الأول مع اختصار إقراره على جهل المدعي البينة؛ لصحة قياسه على علمه بالبينة الغائبة بجامع أنه صالح مع علمه بوجود دليل صدقه في الواقع المحتمل حصوله في الظاهر وعدم حصوله؛ لأن احتمال توبته وإقراره كاحتمال حضور البينة، الثاني: إجمال جوابه لاحتمال تقييده بما إذا لم يكن المقر له قد صالح وهو عالم ببينة له، وأنه لو كان عالمًا بها لم يرجع على خصومته لإقراره بشيء، وبهذا قيدها حمديس، وابن أبي زَمَنَيْن فيما نقله المتيطي، واحتمل عدم تقييده بذلك، وأن له مؤاخذته بإقراره مطلقًا وهو ظاهر لفظها.

الصقلي: اختلف فيمن يقر في السر ويجحد في العلانية إن صالحه على تأخير سنة، وأشهد أنه إنما يصالحه لغيبته بينته إن قدمت قام بها، قيل له: القيام بها إن علم أنه يطلبه فيجحده، وقيل: لا قيام لربها.

قال مُطَرِّف: إلا أن يقر المطلوب بعد إنكاره، وقاله أَصْبَغ: ولو صالحه على تأخيره سنة بعد أن أشهد بعد الشهادة على إنكاره أنه إنما يصالحه ليقر له بحقه، ففي لزوم أخذه بإقراره، ولغو صلحه على تأخيره ولغو إقراره، ولزوم صلحه بتأخيره نقلا الصقلي عن سَحنون وابن عبد الحَكم قائلا: الأول أحسن، والظالم أحق أن يحمل عليه.

قُلتُ: وعليه عمل القضاة والموثقين، وأكثرهم لم يحك عن المذهب غيره، وحكى المتيطي ثانيًا عن ابن مزين عن أَصْبَغ: لا ينفع إشهاد السر إلا على من لا ينتصف منه كالسلطان أو الرجل القاهر، ولم يذكر الثاني، فالأقوال ثلاثة، وعلى الأول حاصل حقيقة الاسترعاء عندهم وهو المسمى في وقتنا إيداعًا هو إشهاد الطالب أنه طلب فلانًا، وأنه أنكره، وقد تقدم بهذه البينة أو غيرها، وأنه متى أشهد بتأخيره إياه بحقه فضيعه شيء منه، أو بإسقاطه بينة الاسترعاء، فهو غير ملتزم لشيء من ذلك، وأنه إنما يفعله ليقر له بحقه، وشرط تقدمه على الصلح فيجب تعين وقته بيومه، وفي أي وقت هو من يومه خوف اتحاد يومهما فإن اتحدا دون تغير جزء اليوم؛ لم يعد استرعاء.

المتيطي وابن فتوح :ولا ينفع الاسترعاء إلا مع ثبوت إنكار المطلوب ورجوعه في الصلح إلى الإنكار، فإن ثبت إنكاره وتمادى عليه في صلحه؛ لم يفد استرعاؤه شيئًا،

وقول العوام: صلح المنكر اثبات لحق الطالب جهل، وقولهم في الرجوع: ساقط الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء؛ لأنه إذا استرعى، وقال في استرعائه: متى أشهد بقطع استرعائه؛ فإنما يفعله؛ لتحصيل إقرار خصمه لم يضره اسقاطه في الصلح استرعاه، ولو لم يذكر استرعاءه أنه متى استرعاه؛ فهو غير ملتزم له كان اسقاطه في صلحه استرعاه مسقطًا لاسترعائه.

وإذا قلت: إنه قطع الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء، ثم ادعى وقا:ل إنه متى أشهد بقطع الاسترعاء؛ فهو غير ملتزم له إنما يفعله؛ لتحصيل إقرار خصمه لم يفده؛ إذ لا استرعاء في الاسترعاء.

زاد المتيطي: وقاله غير واحد من الموثقين، وفيه تنازع، والأحسن ما قدمناه.

قُلتُ: ولابن رُشْد كلام في هذا مذكور في كتاب الحبس.

[كتاب الحوالة]

الحوالة: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى، ولا ترد المقاصة؛ إذ ليست طرحًا بمثله في أخرى؛ لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له، وقول ابن الحاجب نقل الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى تعقب بأن النقل حقيقة في الأجسام، وبحشو تبرأ بها الأولى؛ لعدم إفادته مدخلًا أو مخرجًا، وتعقب بعض البجائيين عن القاضي تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى بأنه بيان الشيء بنفسه، ويرد بأن الحوالة في التعريف لغوية والمعرف العرفية، وهي أخص من الأولى، والأعم غير الأخص فاعرف، وترجيح ابن عبد السلام أخذ لفظة الحق بدلًا من لفظة الدين لزعمه أنه لا يصدق على المنافع إلا بتكلف يرد بمنع كونه تكلفًا في المضمونة وهي المعروضة للحوالة[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (طرح الدين) جعل جنس الحوالة طرحًا للدين، وإسقاط الدين ناشئ عن تحقق الحوالة.

(فإن قلت): الحوالة في اللغة الإحالة أو التحويل، وقد حقق الشَّيخ ابن عبد السلام كلام القاضي في جنسه حيث أتى بالحقيقة الأعمية اللغوية قال: وذلك حسن في التعريف إذا كانت اللغوية مشهورة، ثم قصرت عرفًا على بعض معانيها، وهو أحسن من النقل، فما بال الشَّيخ رآه وسلمه، ولم يعترضه وخالف في الجنس.

قُلتُ: لعله عدل على التحويل إلى الطرح، وعدل عن الحق؛ لأنه رأى أن الدين لا ينتقل بنفسه إلى ذمة أخرى، ولم يتحول؛ وإنما ثبت في الذمة الأخرى مثله لا هو، وقد سقط عن الذمة الأولى مثل ما ثبت في الثانية، فصح للشيخ أن يقول طرح إلخ وهو أخصر لفظًا وأتم معنى من حد القاضي في قوله: تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى.

(فإن قلت): هلا قال الشَّيخ رحمه الله: اتباع مدين طالبه على مثله في ذمة أخرى، وقد وقع في لفظ الحديث من اتبع على ملي؛ فالاتباع فعل فاعل من المدين لطالب الدين وهي الحوالة.

قُلتُ: يظهر أن ذلك يصح؛ بل هو أولى للفظ الحديث.

(فإن قلت): لعل الحوالة الشرعية اقتضت أن المحال قد ترك دينه على المحيل بما أحيل به، وهذا يقتضي وجوب ذكر الطرح، وإن الاتباع لا يدل على الطرح في الدين المحال به، وهذا يمكن قصده مما أشار إليه في الحديث بعد.

قُلتُ: على كل تقدير، فلو أتى بلفظ الحديث؛ لكان أصوب، وبعد أن أقرأت في كتاب الحوالة، ورأيت الخلاف هل الحوالة رخصة من بيع الدين بالدين؟ وهو قول الأكثر والباجي خالف في ذلك، وأنها

عياض: قال الأكثر: هي رخصة؛ لأنها مبايعة مستثناة من الدين بالدين والعين بالعين، غير يد بيد؛ لأنها معروف، وأشار الباجي إلى أنها ليست كالبيع، ولا هي من هذا الباب؛ بل هي من باب النقد.

قُلتُ: ليست من الدين بالدين، والعين بالعين غير يد بيد من نفس الإحالة، فهي من باب النقد.

عياض: في حمل الحمالة على الندب أو الإباحة قولا الأكثر وبعضهم.

الباجي: هي على الإباحة، والمحال مخير في الاستحالة.

=

من بيع نقد ببراءة ذمة المحيل برضى المحال ظهر لي سؤال على حد الشَّيخ بأن يقال لأي شيء لم يحدها بحدين على الرأيين؛ فعلى الأول يقول بيع إلخ، والثاني ما ذكر فتأمله.

قوله: (بمثله في أخرى)؛ يتعلق بقوله طرح معناه إزالة الدين من ذمة بمثل ذلك الدين في ذمة أخرى، احترز به من طرح الدين، وإسقاطه بغير ما ذكر فإنه ليس حوالة، ثم أن الشَّيخ قال: لا يرد على طرد الحد المقاصة؛ لصدق الحد فيها؛ لأن المقاصة لا يصدق فيها الحد؛ لأن إسقاط الدين المماثل لما في الذمة لم يسقط في المقاصة لمثل دين في ذمة أخرى؛ لأنه يستحيل تعلق الدين بذمة من هو له ووجدت بخط بعض المشايخ - رحمهم الله - انظر اللام في حد الحوالة هل تقتضي العموم؟ فيبطل عكس رسمه بالحوالة في بعض الدين، وقال أيضًا في قول الشَّيخ لامتناع إلخ: فيه نظر؛ إذ لا يجري ذلك إلا على قول إسماعيل القاضي ببراءة الذمة، وأما على أصل المشهور من أن من قدم ما لم يجب عليه يعد مسلفًا، ويقتضيه من ذمته، فيصح تعلق الذمة بذمة من هو له فتأمله ففيه نظر؛ لأن تعلق الدين بذمة من هو له أمر تقديري لا حقيقي قوله في الرد على ابن الحاجب حقيقة في الأجسام

قيل: يقال: نقل فلان المسألة وهو كثير في ذلك.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وتعقب كلام ابن الحاجب أيضًا بحشو قوله: تبرأ بها الأولى؛ لعدم إفادته مخرجًا أو مدخلاً، وحد بعض المشايخ من أهل العصر أن قال فيه نظر؛ إذ يكون للاطلاع على أجزاء الحقيقة وهذا فيه نظر؛ لأن الحشو الذي أشار إليه حشو خاص بالنسبة إلى الطرد والجمع، ثم أن الشَّيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ نقل عن بعض البجائيين أنه تعقب على القاضي في قوله: تحويل الحق من ذمة لذمة تبرأ بها الأولى بأنه بيان للشيء بنفسه قال: ويرد بأن الحوالة في التعريف لغوية والمعرف العرفية، وهي أخص من الأولى والأعم غير الأخص، واعترض على شيخه رَحِمَهُ ٱللَّهُ بأنه قال: ذكر الحق عوضًا عن الدين أولى؛ لأن الدين يتكلف صدقه على المنافع.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يرد بأن المنافع المراد منها المضمونة ولا تكلف.

[باب صيغة الحوالة]

الصيغة: ما دل على ترك المحال دينه في ذمة المحيل بذمته في ذمة المحال عليه(1).

اللخمي: قول المطلوب: اقبض دينك من غريمي وكالة لا حوالة.

قال ابن القاسم: لأنه يقول: لم أحتمل، إنما كفيتك مؤنة التقاضي.

قُلتُ: هو سماع يحيى ابن القاسم: خذ حقك من هذا، ويأمره بالدفع ليس بحوالة؛ لأنه يقول: لم أحتمل.

ابن رُشْد: لا تكون حوالة إلا بالتصريح بلفظ الحوالة أو ما ينوب منابه، كقولك خذ حقك منه وأنا بريء من دينك وشبهه، وقول بعض الشُيُوخ: قوله اتبع فلانًا بحقك علي حوالة لقوله ﷺ: **«من أتبع على ملي فليتبع»**(2) غير بين، إنما البين قوله: أتبعتك على فلان، وقوله: اتبع فتخرج على الروايتين في قول البائع: خذ هذا الثوب بكذا، هل هو إيجاب للبيع؛ كقولك بعتك أولاً.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما دل) عام وظاهره بصيغة اللفظ أو بغير لفظ، وقد قدمنا قريبًا منه، والمراد اللفظ الصريح بلفظ الحوالة أو ما ينوب منابه، وقوله: (ترك المحال)؛ أخرج به ما ليس فيه ترك، فإذا قال: اقبض دينك من غريمي فهو وكالة لا حوالة، ولا بد من التصريح بما يدل على ترك الحق.

قوله: (بمثله) إلخ؛ أخرج به الحوالة على غير أصل دين؛ فإنها حمالة، وما وقع في ثاني السلم من إطلاق الحوالة في ذلك فهو مجاز، وهو جواب الشَّيخ عن الإيراد المعلوم على المدَوَّنة انظره بعد.

(فإن قلت): وهلا اختصر المحال عليه كما قال في حد الحوالة، وقال: في ذمة أخرى.

قُلتُ: لا بد من زيادتها هنا؛ لأنه لما ذكر المحال به فلا بد من ذكر المحيل؛ لأن رضى كل منهما جزء في الحوالة على ما حققه، ثم ذكر المحال عليه بيانًا وفيه بحث.

(فإن قلت): لم لم يذكر حلول المحال به والمذهب أنه لا بد منه؟ وإلا فليس بحوالة.

قُلتُ: الحد للصحيح والفاسد؛ وهي حوالة لكنها فاسدة شرعًا.

(2) أخرجه البخاري: 46/5 في الاستقراض، باب مطل الغني ظلم، وفي الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟ وباب إذا حال عل ملي؛ فليس له رد، ومسلم: رقم (1564) في المساقاة، باب تحريم مطل الغني.

[باب في شروط الحوالة]

والمذهب: توقفها على رضى المحيل والمحال، وصرح ابن الحاجب وابن شاس بأنهما من شروطها، ولم يعدهما اللخمي وابن رُشْد منها، وهو الأحسن والأظهر أنهما جزءان لها؛ لأنهما كلما وجدا وجدت.

والمعروف لغو رضى المحال عليه(1):

ابن زرقون: في الزاهي لابن شعبان: يعتبر رضاه فلا تلزم الحوالة دونه، والمشهور شرطها بكونها على أصل دين، فإن وقعت على غيره فطرق.

ابن رُشْد: في تخييره في طلب المحيل والمحال عليه، وشرطه بعدم المحيل وعكسه، رابعها: كحوالة على أصل دين لابن رُشْد عن سماع عيسى بن القاسم وأحد قوليه فيها واحد القولين الظاهرين منها، ومن قول مالك وابن القاسم في سماعه أيضًا، ولابن الماجِشُون: المازري إن كانت على إبراء المحال المحيل مطلقا دون قيد فلا رجوع له عليه بحال، وإن كانت على أنه ما دام متمكنًا من أخذ حقه؛ فله الرجوع عليه اتفاقًا فيهما، ومحل الخلاف ما سواهما.

اللخمي: إن علم المحال أنه أحيل على غير أصل دين، فإن كان هبة بدئ بالمحال عليه إن كان موسرًا اتفاقًا، فإذا فلس ففي كون الحوالة عليها حوزا فيثبت أو لغوها فتسقط قولان، فعلى الأول يحاصص بها المحال، ولا يرجع بما بقي له على المحيل، وإن لم يعلم؛ فله الرجوع على المحيل عاجلاً؛ لأن كونها على غير أصل دين عيب، إلا أن يكون المحال عليه لا يخشى فلسه أو يحكم الحاكم بوجوب الهبة عند الفلس فيسقط العيب، وإن أحاله على فلس، ولم يجد عنده شيئًا رجع على المحيل اتفاقًا إن كان معسرًا، فللمحال محاصة غرماء المحال عليه، على القول بصحة الهبة بالحوالة؛ لأن منفعة السلف هبة لأفاد المحيل شيئًا تحاص فيه المحال، والمحال عليه بما لكل منهما عليه، فإن

---

(1) قال الرَّصاع: قال رَحِمَهُ اللهُ: توقفها على رضى المحيل والمحال، وكونها على أصل دين وكونها بما حل لا على ما حل وتماثل صنف الدينين انظر بقية كلامه، وما ذكره عن المتيطي من الشروط والله الموفق.

كان دين المحال بالمائة، وصار له بالحصاص من المحال عليه خمسون، وطرأ للحميل ضربًا بينهما بالسواء؛ لأن الذي قضى خمسون والباقي له خمسون، فأخذ الغريم الأول منها خمسة وعشرين، ويأخذ الغرماء المقرض خمسة وعشرين، ثم ينظر لما كان يضرب به المحال يصير له خمسة وسبعون ينوبه من الضرب الأول ثلاثة وأربعون إلا سبعًا، والفاضل عنده سبعة وسبع يضاف إلى الخمسة والعشرين التي صارت لغرماء المقرض، جميع ذلك اثنان وثلاثون وسبع يقتسمانها أسباعًا.

قُلتُ: للمحال ثلاثة أسباعها وللغرماء ما بقي.

ابن زرقون: فتحصل في شرط براءة المحيل خمسة أقوال.

ابن القاسم فيها: لا رجوع له على المحيل.

ورواية ابن وَهْب فيها: لا رجوع له إلا في الفلس والموت، ورواية مُطَرِّف كعيسى عن ابن القاسم أنه بالخيار، وقول ابن الماجِشُون وأشهب أن الشرط باطل، وهي حمالة لا يطلب إلا في غيبة المحيل أو عدمه، وقول مالك وابن القاسم لا ينفعه الشرط إلا في ذي سلطان أو إلى القضاء.

قُلتُ: قوله: فتحصل إلخ، نقله عن ابن الماجِشُون مع ما تقدم لابن رُشْد عن ابن الماجِشُون، ومثله نقل ابن زرقون كلام الباجي الحوالة على غير أصل دين حمالة عند جميع أصحابنا إلا ما قاله ابن الماجِشُون إلا ما وقعت بلفظ الحوالة؛ فلها حكم الحوالة يوجب كون محل الأقوال الخمسة هو إذا لم يصرح بلفظ الحوالة، وكذا نص عليه في المقدمات في كتاب الحمالة خلاف ظاهر لفظ ابن زرقون في المحيل، فمحمل أقوال ابن رُشْد الأربعة خلاف محمل أقوال ابن زرقون الخمسة فتأمله، وظاهر نقل ابن عبد السلام أو نصه أن محمل الخلاف في ذلك كله واحد وهو غير صحيح لما بيناه من مناقضة نقل الباجي مع ابن رُشْد عن ابن الماجِشُون لما نقل ابن زرقون عقب نقل الباجي قول ابن الماجِشُون، ثم يختلف على قول الجماعة بمن يبدأ.

قال التونسي في المدَوَّنة: لفظًا مرة جعل ذلك حمالة يبدأ ممن عليه الدين، ومرة بالحميل، وفي سماع ابن القاسم بأيهما شاء.

ويشترط كونها بما حل على ما حل:

الباجي: إنما لم يحل كمن أخذ في دينه قبل حلوله من جنسه ما هو أقل أو أكثر وأجود أو أردى؛ لتعذر تماثل الذمم فيدخله ضع وتعجل، أو حط عني الضمان وأزيدك، ومثل هذا عند حلول الأجل جائز.

وفي ثاني سلمها: لو استقرض مسلم له طعامًا، وأحال عليه من له عليه مثله؛ جاز ولو قبل حلوله فأورد بعض أهل درس شيخنا ابن عبد السلام حين أقرأنها خلاف المذهب في شرط حلول المحال به، فلم يحضره ولا غيره جواب، ثم بلى لي يسره، فإن شرط الحلول إنما هو في الحوالة الحقيقية التي هي أصل دين، وهذه مجاز؛ لأنها على غير أصل دين، وهي حمالة ويؤيده قولها في الحوالة إن أحالك مكاتبك على من لا دين له قبله لم يجز؛ لأنها حمالة، ولا تجوز حمالة بكتابة، وتجوز الحوالة بها على أصل دين.

وفي شرطها بحلولها كالدين قولا ابن القاسم وغيره فيها، وصوبه سَحنون، واللخمي والصقلي، واحتج الغير بأنها ليست بدين ثابت، فهي كتعجيل عتق مكاتب بدنانير قبل حلها على دراهم معجلة أو مؤجلة، كأن لم يكن قبله إلا ما أدى، فابن القاسم بكراهة ملك بيع الكتابة من أجنبي بشيء مؤجل، فجعلها مع الأجنبي كالدين، ورده التونسي وعبد الحق والصقلي واللخمي، بأن هذه معاملة بين السيد والأجنبي، وفي مسألة النزاع معاملة بين السيد ومكاتبه.

المازري: عذر ابن القاسم عن هذا أن حوالته على أجنبي لا شبهة للسيد في ماله، فأشبه ذلك شراء الأجنبي الكتابة بعض شُيُوخ عبد الحق إن لم تحل الكتابة على وجه لا تجوز بين أجنبيين، وأحال سيده بشرط تعجيل العتق أو بشرط عدمه لم يختلف فيهما، وإن لم يشترطا، فقال ابن القاسم: يفسخ؛ يريد ما لم يفت بالأداء، وعند غيره يحكم بتعجيل العتق لما ذكره المازري قال: تقدم الخلاف في تحويل الكتابة على وجه لا تجوز بين الأجنبيين مع عدم شرط تعجيل العتق، فإن كان الغير ممن يمنع عدم شرطه تعجيل العتق، فقوله: لا يختلفان أو بشرط عدمه لم يختلف فيها، وإن لم يشترط، فقال ابن القاسم: يفسخ؛ يريد: ما لم يفت إذا شرطا تأخير العتق صحيح.

قُلتُ: الأظهر أنهما لا يختلفان مع شرط تأخير العتق مطلقًا؛ لأن القول بجوازه مع

تأخيره؛ إنما هو إذا كان ذلك بين السيد وبين مكاتبه لا بينه وبين الأجنبي.

وفيها: إن أحالك مكاتبك بكتابته على مكاتب له بقدرها؛ لم يجز إلا ببت العتق في الأعلى، فإن عجز الأسفل؛ كان له رقًا.

الصقلي: يريد: وإن لم يحمل الكتابة إلا على شرط تعجيل العتق مما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا بشرط تعجيل العتق.

المازري قالوا: لا معنى لشرط تعجيل العتق مما لا تجوز الحمالة؛ لأن الحكم يوجبه؛ لأن السيد أخذ عوض ماله على مكاتبه، فإذا باع منه نجومه، وأخذ عوضها صار حرًا.

الصقلي عن بعض الفقهاء: القياس أن لفظ الحوالة موجب؛ لتعجيل العتق وهو غير قول ابن القاسم، وأجاز المازري اعتذارًا عن شرط تعجيل العتق بما تقريره أن الحوالة؛ إنما أوجبت براءة المحيل حيث كونها على تحقق ثبوته، وهو الدين الثابت في الذمة والمحال عليه هنا ليس كذلك لاحتمال عجز الأسفل بما يحصل نفس المحال عليه؛ لضعف إيجاب هذه الحوالة البراءة التي هي موجبة للعتق، فافتقر إلى شرطها بالعتق، ويشترط تماثل صنف الدينين.

وفي شرط تفاوتهما في الصفة والقدر مطلقًا، وجواز كون المحال عليه أقل أو أدنى قول المقدمات شرطها تماثلها في القدر والصفة لا أقل ولا أكثر، ولا أدنى ولا أفضل، ونص القاضي مع المازري والمتيطي، وقال: شرطها ستة كونها على دين، واتحاد جنس الدينين، واتحاد قدريهما وصفتهما، وكون المحال عليه أقل أو أدنى، وحلول المحال به، ولا بغير المحيل المحال بفلس المحال عليه، وكونهما بمحض للمحال عليه، ولو جهل يسره عسره، وزاد ابن فتوح، وإقراره بالدين، وقول ابن الحاجب منها: أن يكونا هما متجانسين لا يفتقر إلى الرضا لو أعطيه فيجوز بالأعلى على الأدنى يتعقب بأنه إنما أراد بمدلول لا يفتقر إلى الرضا لو أعطيه المماثل كان تكرارًا عن قرب، وإن أراد ما هو أجود هو، وقول محمد: إن اختلفا في الصنف أو الجودة، وقال: وهما عرضان لم يجز، ولو حلا إلا أن يقبض قبل الافتراق نحو قول المقدمات: وفي هباتها لا يجوز بدنانير على دراهم، ولو حلا.

الصقلي عن محمد: إلا أن يقبضه قبل افتراق الثلاثة وطول المجلس.

وفيها: طعامًا القرض كالعرضين، ومنعها في طعامي السلم مطلقًا.

ابن القاسم: فيها.

الصقلي: عن أشهب ولو حلا إلا أن تتيقن رؤوس أموالهما؛ فيجوز تشبه التولية، وعن ابن حبيب: إن كان أحد الطعامين قرضًا؛ جازت الحوالة بها حل على ما لم يحل، قاله مالك وأصحابه إلا أن ابن القاسم بشرط حلولهما.

الصقلي: وقولهم أصوب.

ابن رُشْد: وينزل المحال في الدين الذي أحيل به، فنزله من أحاله؛ فنزلته في الدين الذي أحيل به فيها؛ يريد: أن يأخذ به من المحال عليه أو يبيعه به من غيره.

قُلتُ: هو قول سلمها الثالث، وتقدم ما فيه في الاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا.

المازري: شرط بيع الدين علم حال ذمة المدين، وإلا كان غررًا بخلاف الحوالة؛ لأنها معروف، فاغتفر فيها الغرر.

قُلتُ: ونحوه قول اللخمي: أجاز مالك الحوالة مع جهل ذمة المحال عليه.

وقال الصقلي ما نصه: الحوالة بيع دين بدين أجيزت رخصة، وشراء الدين لا يجوز حتى يعرف ملؤ الغريم من عدمه.

قُلتُ: ولازم هذا الكلام أن الحوالة لا تجوز يعني من يعرف ملأ الغريم من عدمه، وهو خلاف نقل المازري واللخمي، فتأمله.

وحدوث فلس المحال عليه بعد الحوالة لغو لا يوجب فيها نقضًا.

وسمع سَحنون المغيرة إن شرط المحال عليه على المحيل إن فلس رجع على المحيل فله شرطه، ونقله الباجي كأنه المذهب.

وقال ابن رُشْد: هذا صحيح، لا أعلم فيه خلافًا.

قُلتُ: وفيه نظر؛ لأنه شرط مناقض لأصل عقد الحوالة، وأصل المذهب في الشرط المناقض للعقد أنه مفسد، وفي بعضها يسقط الشرط، ويصح العقد كالبيع على أن لا جائحة. فتأمله.

وظهور تقدم فلسه فيه تفصيل.

وفيها: لو غرك من عدم يعلمه بغريمه أو فلس؛ فلك طلب المحيل، ولو لم يغرك كانت حوالة لازمة، ونقلها اللخمي بلفظ إن كان ظاهرًا ليسر، وعلم المحيل فقره؛ فللطالب الرجوع عليه.

قال مالك: لأنه غره وأرى أن له الرجوع؛ لأنه لو علم بفقره ما قبل الحوالة. المازري. انظر لو شك المحال في كون المحال عليه والمحيل عالم بفقره، هل دلسه، أو قبوله الإحالة مع شكه دخول على فقره، وعلم المحيل بفقره، وهو ظاهر الملأ تدليس، والأظهر على أصل المذهب أن له مقالاً، ولو كان شاكًا.

قُلتُ: ففي رجوعه بظهور فقره مطلقًا، أو إن أعلمه المحيل مطلقًا، ثالثها: هذا والمحال عليه ظاهر الملأ، المازري مع اللخمي وظاهرها، ونقله عن المذهب.

الباجي: إن جعل كون المحيل غارًا.

قال مالك: إن اتهم أحلف؛ ومعناه: إن ظن أنه يرضى بذلك، وتعقب التونسي وغيره قولها بقولها في المساقاة: من باع سلعة بثمن لأجل ممن ظن ملاؤه، وهو عديم لا مقال.

قال الصقلي: الفرق أن الحوالة دين بدين أجيزت للرخصة وشراء الدين لا يجوز حتى يعرف ملأ الغريم من عدمه؛ لأنه شراء لما في ذمته بوجود ذمته معيبة كوجود السلعة معيبة، والذي باع السلعة لم يقصد شراء ما في ذمته.

قُلتُ: ويفرق بأن للبائع نفع المعاوضة بربح، أو بحصول غرضه في معاوضته شيئًا، بغيره، والمحال لا نفع له، وبأن المبيع لما كان على المكايسة كان مظنة لعلم البائع بفقر المشتري، وبأن إعلام المشتري بفقر نفسه يوجب عدم معاملته فيتضرر و إعلام المحيل بفقر المحال لا يضره لقدرته على بيعه.

بعض شُيُوخ عبد الحق فرقوا بين أن يغر أو لا يغر ولم يجعلوه كعيوب السلع؛ لأن البيع مكايسة يغلظ على البائع فيه، والحوالة معروف يسهل على المحيل فيه حتى يغر.

الباجي: الفرق من ثلاثة أوجه: عيب السلعة عيب في نفس العوض، وفلس المحال عليه عيب في محل العوض، الثاني: الحوالة كعيب البراءة؛ فلا يرجع إلا بما علم، وعليه يجب حلفه المحيل ما علم بفلسه على ظاهر قول مالك، وعلى ما ليحيى عن ابن القاسم

في بيع البراءة لا يمين عليه إلا أن يدعي ذلك المحال أن عيب الذمة خفي كالعيوب الباطنة، فإن علمه المحيل صار كغير الباطنة.

قُلتُ: وبه فرق المازري.

التونسي: انظر لو أنكر المحال عليه الدين هل عدم البينة به عيب؟ لولا التفريط للمحال في ترك الإشهاد عليه بعد حضوره، وإقراره ولو كان غائبًا، فلما حضر إنكاره كان للمحال حجة.

المازري: الصواب إن كان غالب الديون ببينة أن له الحجة؛ لأنه يقول: إنما تركت ثقة بالبينة، وقوله في الغائب صحيح، وإن لم يصدق المحال، وقوله في المحيل في صحة دينه، فإن صدقه جرى على الخلاف فيمن دفع وديعة لمن زعم أن ربها أمره بقبضها منه، وصدقه المودع وأنكر ربها فغرمها له هل يرجع على قابضها بها لغرمه إياها، أو لا لتصديقه إياه؟ ومن أحيل على ثمن عبد، فاستحق، ففي لزوم الحوالة فيرجع المبتاع بما غرم على بائعها، ونقضها فيرجع به على المحال إن قبضه قول ابن القاسم فيها، وأشهب مع محمد ونقله عن أصحاب مالك.

اللخمي: بناء على أنها معروف أو بيع قائلاً: ولو لم يحل بالثمن وباعه وهو عين أو ثوب، ثم استحق العين قبل قبض ثمن الثوب من مشتري العبد؛ لكان مشتري الدين والثوب أحق على القولين، ولو أحال على الثوب من له عليه مثله؛ لكان المحال أحق بالثوب على قول ابن القاسم، ويرجع مشتري العبد على بائعه بقيمة الثوب، ولا يكون أحق به على قول أشهب، وكذا الجواب إن وجد مشتري العبد به عيبا فرده.

قُلتُ: سمع أَصْبَغ ابن القاسم في العيب كقوله في الاستحقاق.

ابن رُشْد: على أن الرد بالعيب نقض بيع يدخل فيه قول أشهب على قوله: لا يدفع الثمن للمحال، وإن كان دفعه له استرده منه، وإن فات عنده على قوله: مضى له ورجع المشتري بالثمن على البائع، وقيل: لا يلزمه دفعه له، وإن دفعه له؛ لم يكن له أخذه منه، ورجع به على البائع، وإن فات من يده، وإن شاء رجع على البائع؛ لأن العيب كشف أنه أحاله بما لا يملكه، وعلى أنه ابتداء بيع يلزمه أن يدفع إلى المحال الثمن قولاً واحدًا، وكذا إن أعطا ثمن العبد، ثم استحق أو رد بعيب على هذه الأربعة الأقوال:

أحدها: أن العطية فوت، ويلزم المبتاع أن يدفعه للمعطي، ويرجع به على البائع المعطي قاله ابن القاسم في المدنيَّة إن جمع بينه وبينه، وأقر له به، وهو قول بعض الرواة في النكاح الثاني منها في هبة المرأة: صداقها على الزوج قبل البناء، فيطلقها يلزمها دفع جميعه، ورجع بنصفه على المرأة.

والثاني: لا يفوت إلا بالقبض.

والثالث: لا يفوت إلا بالاستهلاك بعد قبضه، فإن لم يفوته كان له أخذه.

والرابع: أن العطية لا تصح بحال؛ لأن العيب كشف أنه أعطى ما لم يملك، وإن كان دفعه واستهلكه رجع المبتاع على البائع، ورجع البائع على المعطي حكاه محمد عن ابن القاسم في صدقة المرأة بصداقها بعد قبضها إياه، فيطلقها قبل البناء أنه يرجع عليها بنصف الصداق، وترجع هي على المعطي، وفي المسألة خامس: إن كان الواهب عديمًا؛ فللمشتري حبسه إن لم يدفعه، وإن كان مليًا؛ لزمه دفعه للموهوب له، ويتبع به الواهب، قاله ابن القاسم في المدَوَّنة: في المرأة تهب صداقها، ومقتضى النظر أن يكون هذا الخلاف في الرد بالعيب على أنه بيع مبتدأ، أو في الطلاق قبل البناء على وجوب كل المهر للزوجة بالعقد وأن لا تجوز العطية في الاستحقاق، ولا في الرد بالعيب على أن نقض بيع، ولا في الطلاق على أنه لا يجب للزوجة بالعقد إلا نصف الصداق، فيأتي جواب ابن القاسم في هبة الزوجة صداقها قبل البناء على أنه لا يجب لها بالعقد إلا نصف المهر، وجواب بعض الرواة على وجوب جميعه.

الباجي: لو أشهد بائع العبد بصدقة ثمنه، ثم استحق أو رد؛ فلأَصْبَغ وأبي زيد عن ابن القاسم في العتبيَّة: أنه إن قبض المتصدق عليه الثمن، فات عنده لم يرجع عليه بشيء، ويرجع المشتري على البائع، كما لو قبضه المتصدق، وتصدق به، ولو لم يفت بيد المعطي أخذه منه المشتري، ولا شيء للمعطي.

ابن زرقون: كذا نقلها الشَّيخ في النوادر، وهو وهم إنما في سماعها فوته بمجرد القبض، ولو ادعى المحيل أن الحوالة توكيل للمحال على القبض وأكذبه المحال، ففي كونها حوالة حتى يقوم الدليل على كونها وكالة ككون المحال ممن يتصرف للمحيل أو كون عادة المحيل التوكيل على التقاضي، وهذا ممن يتوكل في مثل ذلك، أو يكون المحال

ممن لا يشبه مثل ذلك أو بالعكس.

نقل اللخمي عن ابن الماجِشُون، وأخذه عن ابن القاسم في العتبيَّة: إن قال المحيل: أقرضتك ما قبضت، وقال: المحال ما قبضته كان لي دينًا عليك، أحلتني به المقتضي غارم، وهي سلف اللخمي هذه أحري أن يقبل قول القابض؛ لأنه أحرى أن يكون أحاله ليقبضها لنفسه، وفي الأولى ما أقر أنه جعل قبضها لنفسه، وأرى أن ينظر هل بينهما ما يشبه أسلفه أو لا، وهل بينهما معاملة؟.

المازري: في تخريج شيخنا نظر؛ لأن قول المحيل يشبه الحوالة على دين؛ لأنه لما التزم أن يسلفه صار كدين عليه، فصارت الحوالة هنا على دين باتفاقهما، والمسلمة من أصل آخر، وهو من قال: قبضت من فلان مائة دينار كانت لي عليه، وقال الدافع: بل هي سلف مني لك في كون القول قول الدافع أو القابض، قولان.

قُلتُ: قول ابن القاسم هو سماعه يحيى، وفي لفظ: أما إحالته إيلال فليس بإقرار؛ بل هو بذلك سلف، وللقابض أجر تقاضيه إن كان له أجر.

ابن رُشْد: إن أشبه قول أحدهما دون الآخر؛ فالقول قوله اتفاقًا، وإن أتيا معًا بما يشبه أو بما لا يشبه، فقول ابن القاسم وأشهب، القول قول المحيل، وقول ابن الماجِشُون: القول قول المحال، وقول ابن القاسم كقولها في كتاب المديان فيمن أمر رجلاً بدفع مال لفلان فيقول الآمر: كانت لي عليك، ويقول المأمور: لم يكن لكل علي شيء أن القول قول المأمور.

وقال ابن الماجِشُون: على معروف قول أشهب: لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به؛ لأنه يقول: لم أقبض إلا حقي، خلاف قوله، وقول ابن القاسم في هذه المسألة، وقوله: للقابض أجر مثله نظر؛ إذ لم يدع الأجرة، إنما زعم أنه قبض لنفسه حقه، وكذا إذا قال المحيل: إنما أحلتك لتكفيني مؤنة التقاضي قبل قوله على ما حكاه ابن حبيب، وكان له أجره إن كان شيء له أجر، وهو ممن يعمل في مثل هذا بأجر.

اللخمي: إن قال المحال: بعد موت المحال عليه، أحلتني على غير مال، وقال المحيل: بل على مال، فهو حول ثابت حتى يثبت أنه على غير مال.

[كتاب الحمالة]

الحمالة: التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له، وقول ابن الحاجب تابعًا للقاضي: الضمان شغل ذمة أخرى بالحق لا يتناولها؛ لأن شغل ذمة أخرى، إنما هو لازم لها، لا نفسها؛ لأنها مكتسبة، والشغل حكم غير مكتسب ينشأ عن مكتسب كالملك مع البيع فتأمله(1).

وقول ابن عبد السلام: إطلاق الحمالة على الطلب عرفًا؛ إنما هو مجاز لا حقيقة يرد بمنعه لظاهر إطلاقات المدَوَّنة والأمهات والمتقدمين والرواة، ونصوصها مع غيرها

---

(1) قال الرَّصاع: ليس فيه اعتراض كما أراد بعضهم أن يقول: شغل الذمة هو الالتزام المذكور؛ لأنه إذا وقع شغل الذمة، فقد ثبت الالتزام، وإذا ثبت الالتزام ثبت شغل الذمة، وهذا شأن المرادفين وهذه مغالطة أو غلط؛ لأن ما ذكره إنما أنتج له الملازمة بين أمرين، وذلك لا يدل على ترادفهما؛ لجواز اختلاف مصدوقهما قطعًا كالإنسان والناطق، ودليل الشَّيخ رحمه الله دل على اختلافهما قطعًا مع تلازمهما، واستدل على ذلك بقياس من الشكل الثاني، فيقال: الحمالة فيها اكتساب، ولا شيء من الشغل فيه اكتساب؛ فلا شيء من الحمالة بشغل، وهو المدعى، أما الصغرى فظاهرة؛ لأن الالتزام من فعل المكلف، وبيان الكبرى أن الشغل إنما حصل من سببه لا أنه من فعله؛ كالملك مع البيع، والله سبحانه أعلم.

قال: وقول ابن عبد السلام: إطلاق الحمالة على الطلب عرفًا إنما هو مجاز لا حقيقة يرد بمنعه لظاهر إطلاقات المدَوَّنة والأمهات والمتقدمين والرواة، وقول الشَّيخ: (التزام دين)؛ ظاهر في كونها تعمير ذمة الملتزم، وهو جنس عام.

قوله: (لا يسقطه)؛ أخرج به الحوالة كما تقدم.

(فإن قلت): يرد عليه رحمه الله: أن يقال: إخراج الحوالة فيه بحث؛ لأن الإخراج إنما هو بعد تقرر الإدخال، والحوالة طرح لدين كما تقدم والطرح غيره.

قُلتُ: لا يخلو من بحث، ولا يقال: إن فيها طرح، والتزام طرح الطرح من المحيل والالتزام من المحال عليه؛ لأنه لا يشترط رضاه، ولا التزامه على المعروف فتأمله قوله: (أو طلب) إلخ مجرور معطوف على التزام دين يدخل في ذلك الحمالة بالوجه والحمالة بالطلب.

(فإن قلت): كيف يدخلان؟ وهو قد قال رحمه الله: أو طلب، وقد صيرت الطلب قسيمًا للوجه.

قُلتُ: حمالة الوجه فيها الطلب أيضًا، والطلب المذكور في الحد هو أعم طلب لا خصوص طلب، وقد فرقوا بين حمالة الوجه وحمالة الطلب في الوجه إذا لم يقع تحضيره، فإن الغريم يطلبه بالمال بخلاف حمالة الطلب، فإنه ليس من المال في شيء، والله سبحانه أعلم.

بصحتها دون رضى المتحمل عنه واضحة منها قولها: من تكفل عن صبي بحق قضى به عليه فوداه عنه بغير إذن وليه؛ فله أن يرجع به في مال الصبي.

المتيطي وابن فتوح من العلماء من قال: لا تلزم الحمالة الذي عليه الحق إلا بأمره؛ ولذا كتب كثير من الموثقين تحمل عن فلان بإذنه بأمره.

في المديان منها: من أدى عن رجل دينًا بغير أمره جاز إن فعله رفقًا بالمطلوب، وإن أراد الضرر بطلبه فاعتاقه أحد وارث لعداوة بينهما منع من ذلك، وكذلك إن اشترى دينًا عليه؛ لم يجز البيع، ورد إن علم بهذا، ولو ثبت قصد مشتري الدين ضرر المدين والبائع جاهل بذلك، ففي فسخ البيع ومضيه، ويبتاع على مشتريه نقلا عبد الحق عن بعض القرويين محتجًا بالقياس على قصد السلف النفع بالسلف دون قابضه، وبيع من تلزمه الحجة ممن لا تلزمه، وغيره مع الصقلي، وأشار بالجواب له بإمكان زوال موسة... المنع بيعه على مشتريه دون إعذار البائع بفتح بيعه يغدره بالجهل، وقول ابن الحاجب صح لو تنازعا على أنه دفعه محتسبًا؛ فالقول قول البائع إلا بقرينة هو مقتضى قول نكاحها الثاني: إن أنفقت الزوجة على زوجها، وهو ملي أو معدم، فلها اتباعه إلا أن يرى أن ذلك بمعنى الصلة، وكذا المنفق على أجنبي، ونحوه في تضمين الصناع، والضمان بجعل لا يجوز بحال.

ابن العطار: أجمع العلماء على ذلك.

اللخمي: من جعل لرجل دينارًا؛ ليتحمل له بثمن ما باعه لأجل بطلت الحمالة والجعل لا البيع؛ لأن المشتري لا مدخل له فيها فعلاه، ولو كان الجعل من المشتري ولا علم للبائع صح البيع ولزمت الحمالة؛ لأنه غره حتى أخرج سلعته، ولو علم البائع ذلك ففي سقوطه الحمالة قولا لابن القاسم ومحمد قائلاً: إن لم يكن للبائع في ذلك سبب.

اللخمي: وعلى الأول يخير في إمضاء البيع دون حمالة، وفسخه ولو جهلا حرمته، فلأَصْبَغ لا شيء على الحميل، وعلى قول محمد يلزم الحمالة إن لم يكن للبائع في ذلك سبب، ويختلف على هذا إن باع سلعة من رجل على أن يزن عنه فلان ثمنها، فجعل من المشتري؛ فلا يجوز على قول ابن القاسم أن يطلب فلانًا بالثمن إن علم ذلك؛ لأنه

سبب بزيادة، وله أخذ سلعته إن عجز المشتري عن ثمنها، وعلى قول محمد يمضي البيع ويلزم فلانًا الثمن.

قُلتُ: يريد: ويسقط الفعل، قال: والأول أحسن، ولمحمد عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم من قال لرجل: ضع من دينك علي فلان، وأتحمل لك بباقيه لأجل آخر، لا بأس به؛ لأن له أخذه بحقه حالاً، وروى عنه أشهب جوازه وكراهته، وقال مالك في العتبيَّة: لا بأس أن يقول: خذ هذه العشرة دنانير وأعطني بما لي عليك حميلاً أو رهنًا، وعلى أحد أقوال مالك: لا يجوز، ولو قال: أتحمل لك على أن تعطي فلانًا غير الغريم دينارًا لم يجز، ولمحمد عن أشهب: من له على رجل عشرة دنانير لأجل، فأسقط عنه قبل الأجل دينارين على أن يعطيه بالباقي رهنًا أو حميلاً، فلا بأس به.

وقال ابن القاسم: لا يجوز.

اللخمي: لأن أخذه الحميل خوف عسر الغريم عند الأجل فيجب تأخيره، فأخذه الحميل بما وضع مثل ضع وتعجل في البيوع الفاسدة منها إن باعًا سلعتيهما في صفقة على أن أحدهما بالآخر حميل لم تجزؤ أنه ابتاع معه الحميل على أن يتحمل له المعدم ابن الكاتب اتفاقًا من ابن القاسم وأشهب، ولو كان كانت السلفة بينهما وبدعاها على أن أحدهما بالآخر حميل، ففي جوازه قولان، وهذا على أن تحمل له بما دفع لشريكه من الثمن، ولو باع رجل من رجلين سلعة على أن كل واحد منهما حميل لصاحبه، لجاز إن استوت شركتهما.

الصقلي: وقد أجاز ابن القاسم السلم أجلين على أن كل واحد منهما حميل بصاحبه؛ لأنهما حميلان في الملك، وفي جمع السلعتين إنما تقع الحمالة على الاستحقاق، وقد يستحق مبيع أحدهما دون الآخر.

الصقلي: ولو كانت السلعة أو السلعتان بينهما نصفين فباعاهما على أن أحدهما حميل بالآخر جاز؛ لأن الثمن بينهما، ولحبيب عن سَحنون إن وكل أحد الشريكين في سلعة شريكه على بيعها، فشرط المشتري على البائع أن يضمن له حظ شريكه لم يجز، وكأنه زاده في ثمن حظه لضمانه.

قُلتُ: وكقولها في السلم قولها في مسألة الستة حملاء.

قال ابن الحاجب: لو اشتريا سلعة بينهما على السواء جاز للعمل.

قُلتُ: ولأن استواءهما في المبيع وثمنه يوجب ستة بمجموعهما، بشخص واحد، واختلافهما في أحدهما يوجب تعددها المقتضي للضمان في الجعل، وفي منعه بالقرض مطلقًا وجوازه كالبيع نقلا ابن فتوح والمتيطي عن ابن الهندي وابن أبي زَمَنَيْن قائلاً: إن كان أحدهما معسرًا والآخر موسرًا لم يجز، وعزاه بعضهم لابن العطار، لا بقيد التساوي في الملا، وعزا الأول لابن الفخار، وتصح بها مات، ولو عديمًا.

[باب المتحمل له]

المتحمل له: من ثبت حقه على المتحمل عنه، ولو جهل(1).

المازري من ضمن دين ميت لزمه ما طرأ عليه من دين غريم لم يعلم به الحميل.

[باب في الحميل]

الباجي: من لا حجر عليه فيها كفالة ذات الزوج في ثلثها، ولو تكفلت بزوجها.

ففيها: قال مالك: عطيتها زوجها جميع مالها جائز، وكذا كفالتها عنه.

الباجي: يريد بإذنه.

وفيها: إن ادعت أنه أكرهها في كفالتها عنه فعليها البينة(2).

اللخمي عن أشهب: إن ثبت ذلك وتكلفت به لأجنبي؛ لزمها إلا أن يعلم رب

---

(1) قال الرَّصاع: قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: من ثبت حقه على المتحمل عنه، ولو جهل قوله: (من ثبت حقه على المتحمل عنه) أخرج بالقيد من ثبت حقه على غير المتحمل عنه قوله: (ولو جهل) معناه: ولو كان الحق مجهولاً؛ ولذا قالوا: إن تحمل دينًا على ميت لزم المتحمل ما ظهر من الدين، وكونه جهل قدر المتحمل به غير مانع من الحمالة، وقوله: ولو جهل غاية معطوف على مقدر حال، وقد تقدم نظيره مرارًا، والله أعلم.

(2) قال الرَّصاع: قال: قال الباجي: من لا حجر عليه خرج من ذلك ضمان العبد والمكاتب وأم الولد والصبي والسفيه والزوجة بأكثر من ثلثها وغير ذلك.

(فإن قلت): الحميل قد يكون في طلب الغريم فقط، وهذا لا يشترط فيه ما ذكر من عدم الحجر.

قُلتُ: يحمل كلام الباجي على غير ذلك، والله أعلم.

الحق، وإن لم تقم بينة، وقال: لم أعلم حلف إن اتهم بالعلم كالقريب الجدار، فإن نكل حلفت أنه علم وبرئت، وكفالتها لغيره ينظر، فإن قامت بينة بإساءته لها وقهره وتحمله عليها بما لا يحل حلفت وبرئت، فألزمها الكفالة للأجنبي، وإن ثبت الإكراه إن لم يعلم ذلك؛ لأنها غرته إلا أن تكون كفالتها بعد البيع ولم ينقص ماله عن يوم الحمالة.

ابن عبد الحكم: ولزوجها منعها من الكفالة بالوجه على أنه لا مال عليها بحجته بحبسها، فيمنع منها، وتخرج للخصومة، وفي كفالتها لموسر بأزيد من ثلثها قولا ابن الماجِشُون وابن القاسم.

اللخمي: الأول أشبه.

وفيها: لا يجوز لعبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد عتق ولا عطية ولا معروف إلا بإذن السيد، فإن فعلوا بغير إذنه؛ لم يجز، فإن رده لم يلزمهم إن عتقوا وإلا لزمهم إن عتقوا، وقال غيره: لا يجوز ذلك للمكاتب، وإن أذن له سيده؛ لأنه داعية لرقه.

ابن الحاجب: وإن رد السيد ضمان العبد والمدبر وأم الولد اتبع به إذا عتق.

ابن هارون: هذا خلاف نصها، ومثل نصها قول ابن شاس: إنما يتبع به بعد العتق إن لم يرده.

وقال ابن عبد السلام: يعني بإثر الإجازة، وفي كون المأذون كذلك أو كالحر، قولا ابن القاسم، وابن الماجِشُون.

اللخمي: هذا أحسن فيما يرى أنه علمه للاستيلاف، وإن كان المتكفل به موسرا جاز، ولو كثر، وإن كان فقيرًا؛ لم تجز إلا فيما قل، وإن أذن له سيده جاز.

وفيها: وإن اغترق الدين ماله لم يجز، وإن أذن لا تجوز كفالة الحر، ولا يجبره سيده على الكفالة له ولا يخبره ولو أشهد فيها أنه ألزمه الكفالة لم تلزمه إلا برضاه له جبره عليها إن كان له بيده من المال قدرها، وإن لم يكن له شيء بيده شيء وهو فقير، ففي صحة جبره عليها قولا محمد وابن القاسم وابن عبد الحكم: لا يجبر؛ لأنه يقول أجبر في ذلك.

اللخمي: إن أسقط الطالب مقاله في حبسه؛ فله جبره.

وفيها: رجع مالك عن تخيير الطالب في طلب الحميل دون الغريم؛ لوقفه عن

العجز على طلب الغريم، وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وَهْب.

قال مالك: وإن كان الغريم غائبًا أو مدينًا حاضرًا يخاف الطالب إن قام عليه المحاصة؛ فله طلب الحميل، إلا أن يكون للغائب مال حاضر يعدى فيه، فلا يتبع الحميل.

قال غيره: إلا أن يكون في تثبيت ذلك فيه بعد فيؤخذ من الحميل.

الصقلي: وقاله سَحنون.

قُلتُ: ظاهره: أن قول الغير وفاق، وصرح ابن حارث على أنه خلاف ابن الحاجب.

وفيها: لا يطالب، والأصل حاضر ملي؛ لكن إذا غاب أو فلس، ورآه كالرهن، وقيل: لو كان ملطاطًا.

قُلتُ: كونه كالرهن قاله الصقلي؛ والملطاط معتر الملك، لا جاحد الحق.

في الصحاح: لططت حقه إذا جحدته؛ لأن حمله على الجحد هنا يحمل معنى المسألة، وربما تلطيت كرامة إجماع ثلاث طاءات، فأبدلوا الأخيرة تاء، وعدوله عن لفظ الملك إلى الملطاط، وهو مرجوع لا مشاع إرادة حقيقته هنا حسبما بيناه، ولقرابته بالنسبة لفظ الملك، ولا أعرف هذا القول في هذه الصورة لأحد من أهل المذهب؛ بل في غيرها حسبما يذكر، ولو غاب الغريم، ففي تعجيل غرم الحميل التلوم له، وفي سماع عيسى ابن القاسم: يتلوم له في الغيبة القريبة الأيام اليسيرة.

ابن رُشْد: يريد: اليومين والثلاثة، والسماعان الأول على قول مالك للأول، والثاني للثاني، ولو شرط أنه يأخذ بحقه من شاء منهما، ففي أعمال شرطه مطلقًا ولغوه، ثالثها: في المطالبة أو ذي سلطان، ورابعها: إن كانت في العقد، وإلا فالثلاث لابن رُشْد عن مشهور قول ابن القاسم، وأشهب مع ابن الماجِشُون وابن كنانة، وثاني قولي ابن القاسم، وتأويل بعضهم عليه، وعلى الثانية في حمل الغريم على العدم أو الملا، نقل ابن رُشْد عن نوازل سَحنون وسماع يحيى ابن القاسم: ولو شرط المتحمل له قصر طلبه على الحميل، وإبراء الغريم ففي كون الشرط مطلقًا، أو إلا أن يموت أو يفلس الحميل، ولغوه مطلقًا بخلاف تقدم في الحوالة.

[باب ما تسقط به الحمالة]

والمعروف سقوط الحمالة بإسقاط المتحمل به[1].

محمد: روى أشهب عن مشتر حميلاً بالثمن: أيهما شاء أخذ بحقه فمات، فاقتضى ثلثي حقه من تركته فسأله ورثته أن يحلله ففعل، فله طلب الحميل إن حلف ما وضع للميت.

محمد: فيها شيء.

وقال في موضع آخر: فيها نظر.

وقال مالك فيمن له على رجل حق بحمالة وحق بغير حمالة، فلم تف تركته بما عليه، فسأله الورثة أن يحلل الميت من بقية حقه، ففعل، ثم طلب الحميل فسأله الورثة أن يحلل الميت من بقية حقه، ففعل، ثم طلب الحميل، فقال: ما وصل إليه من مال الميت بين الحقين، ويحلف ما وضعت إلا للميت، ويغرم الحميل حصته من الدين.

الصقلي: إنما يغرم الحميل ما هو باق على الغريم، فإذا سقط عنه سقط عن الحميل، ولو غرم الحميل لم تكن فائدة في تحلل الغريم؛ لأن الحميل إذا غرم رجع على الغريم.

قُلتُ: ومسألة في سماع أشهب.

ابن رُشْد: هذه المسألة حاصلة لا يصح سقوط الدين على الغريم، ويبقى على الحميل؛ لأنه إنما يؤدي عنه ما وجب عليه، ويتبعه به.

وقال ابن دحون: إنما لزمه الحميل من الدين الذي كان له بغير حميل، فيحلف ما حلله إلا دينه الذي كان بغير حمالة.

قال: ولو كان الدين كله بغير حمالة فأخذ بعضه، وحلل الميت من الباقي؛ لم يكن له طلب على الحميل، وهو تأويل تصح به المسألة، ينبغي أن يحمل عليه، وإن بعد من ظاهر اللفظ.

قُلتُ: هذا التأويل إنما يتوجه لو لم يرد عن مالك، سقوط الحق عن الغريم بسقوط

---

(1) قال الرَّصاع: قال بإسقاط المتحمل به نص عليه ابن يونس وابن رُشْد، وانظر ما خرج عن ذلك. انظر ما يوجب تعجيل القضاء من تركة الغريم، وما لا يوجبه من الحميل.

وفاء الحق على الحميل، إلا في هذه الصورة، وهذا غير جائز كما تقدم في الموازيَّة من رواية أشهب فيمن أخذ بثمن سلعته حميلاً حسبما تقدم فتأمله، وقول ابن دحون: وقبوله ابن رُشْد يدل على عدم ذكرهما رواية الموازيَّة مع غيرها، ونقلها الصقلي والشَّيخ، وأقرب ما تأول الرواية على وجه يعم رواية الموازيَّة والعتبيَّة أنه إنما حلل الميت يعني باعتبار طلب الأجرة؛ إذ لم يحصل لحقه من الحميل؛ لاحتمال عجزه عن القضاء؛ لأن عز الدين ابن عبد السلام قال: من مات مدينًا أخذ لرب الدين من حسناته حتى تنفد، فإن كان قد مات قادرًا على القضاء أخذ من سيئات رب الدين، وطرحت عليه بقدر حقه، وإن مات عاجزًا عن القضاء لم يطرح عليه من سيئاته، ثم رأيت هذا التأويل للمازري.

وفي الموازيَّة: إن قضى الحميل لغيبة الغريم، ثم قدم وأثبت قضاءه، فإن سبق الحميل بعد حلول الدين تبع الغريم، واتبع الغريم الطالب، وإن ثبت العكس لم يرجع الحميل إلا على الطالب، وإن جهل الأول منهما فهو بالخيار، ولا الحميل إلا الطالب إلا أن يكون دفعه نقصًا من الحاكم بعد حلف الغريم أنه دفع قبل، فإن نكل حلف الأول، وأغرم الغريم، فإن نكل؛ فلا شيء عليه، وموت الغريم مليًا يوجب تعجيل القضاء من تركته وموته عديمًا لا يوجب على الحميل تعجيله، وفي كون موت الحميل توجب تعجيل الحق من تركته وارثه عند حلوله ووقفه لحلوله، فإن حل والغريم ملي رد لوارثه، وإلا أخذه الطالب، روايتان لها، ولابن وَهْب وعبد المالك.

الصقلي عن يحيى: هذه رواية سوء، القاضي: الأولى: على رواية تخيير الطالب في الغريم والحميل، الثانية: على عدم تخييره.

الصقلي: بل الأولى على عدم تخييره؛ إذ لا فائدة في دفعه؛ لأنه إن حل والغريم عديم أخذه الطالب، وإلا يأخذه الوارث من الغريم كرده له حينئذ بعد وقفه مع احتمال تلفه في مدة الوقف، وتأخير الطالب الغريم.

قال ابن رُشْد في آخر سماع أشهب: إن أخره معدمًا؛ فلا حجة لحميله، وإن أخره مليًا فأنكر حميله ففي سقوط حمالته بقائها، ثالثها: إن أسقط الحمالة صح تأخيره، وإلا حلف ما أخره على بقائها وسقط تأخيره، وإن نكل لزمه، وسقطت الكفالة للغير فيها

وغيره، وابن القاسم فيما حلف ما أخره إسقاط للحمالة، ولزمت، فإن نكل سقطت، هذا كله في التأخير لا كثير واليسير لا حجة فيه للحميل، وتأخير الحميل فيها تأخير للغريم، إلا أن يحلف ما أردت تأخيره جار، فإن نكل لزمه التأخير؛ إذ لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم، إن قال: وضعت الحمالة دون الحق، فإن نكل لزم تأخيره.

عياض: أخذ منه عدم انقلاب يمين التهمة، وأداء الحميل يثبت بالبينة، وإقرار الطالب، وإقرار الغريم لغو إن كان الدفع بغير خصومة، وسمع عيسى ابن القاسم: من دفع لحامل عنه بعشرة عشرة؛ ليدفعها للطالب فدفعها بحضرة الغريم، ولم يشهد عليه فجحدها الطالب غرمها الغريم ثانية، ولو دفعها في غيبة الغريم ضمنها حين لم يشهد على دفعها، ولو دفع من ماله بحضرة الحميل فجحدها الطالب غرمها الغريم ثانية، فإن غرمها الحميل لعسر الغريم وغيبته لم يتبعه بها الحميل؛ لأنها مظلمة.

ابن رُشْد: تفرقته في دفع الحميل بين حضور الغريم وغيبته صحيح على قولها في القراض في العامل يتبع ثمن ما ابتاعه بحضرة رب المال أو بغيبته، وقوله: إن غرمه الحميل لعسر الغريم أو غيبته هو على سماع عيسى ابن القاسم في كتاب الاستحقاق فيمن استحق من يده عبد، فعلم أنه من بلاد البائع، فيدخله من الخلاف ما في ذلك، وما دفعه من ماله بحضرة المطلوب في كون ضمانه منه أو من المطلوب قولا ابن القاسم في هذا السماع، وسماعه أبي زيد بناء على نسبة التفريط للبائع؛ لأنه من ماله أو للغريم؛ لأن الدفع عنه لبراءته بحضرته، وقال بعضهم: سماع أبي زيد كقول ابن وَهْب وأشهب في مسألة الدابة تستحق، وسماع عيسى كسماعه فيمن استحقه عبد يعلم أنه من بلاد البائع وليس بصحيح، اختلاف قول ابن القاسم حتى على من يتعين الإشهاد عليه هل هو على الدافع أو على المدفوع منه، وقول ابن وَهْب وأشهب هو في مسألة أخرى.

قُلتُ: هي قولها في سماع عبد الملك: من أخذ دابة من مبتاعها ليثبت استحقاقها على من ضمنه في قيمتها إن هلكت قبل الاستحقاق بإذنه من يعلم أنها ملكه فهلكت فغرم الضامن قيمتها له اتباعه بها، وإن كان يعلم أنها ملكه.

ابن رُشْد: حمل من أدركناه من الشُيُوخ هذا على اختلاف قول ابن القاسم فيمن استحق من يده عبد يعلم أنه من بلاد البائع أنه لا يتبعه بشيء، وقول سَحنون نحوه،

وليس بصحيح؛ لأنه غرم عنه ما ضمنه عنه بإذنه.

وصلح الكفيل عن الغريم.

اللخمي: يراعى فيه صحة أخذ ما يدفعه عن الدين وعن رأس ماله إن كان سلمًا، فلو كان عن عين بما يقوم فجائز، ويغرم الغريم الأقل من الدين أو القيمة.

المازري: اتفاقًا.

وفي تخريج التونسي منعه من منع:

محمد: دفع عرض عن ثوب من وهب عرض هبة ثواب مع أنه إنما يقضي للدافع بالأقل من قيمة العرض الذي دفع، وقيمة الموهوب نظر؛ لأن هبة الثواب رخصة، وفي القياس على الرخص خلاف، ولأن الغالب في الثواب كونه أكثر من القيمة، وهو مجهول، والأقل عن مجهول.

ابن رُشْد: غررًا من الأقل معلوم، ومجهول، والدين المتحمل به معلوم.

قُلتُ: وقول ابن زرقون: خرج التونسي فيما يرجع للقيمة قولا بالمنع، وعارضها، الصقلي وغيره بقولها: من أمر من يشتري له سلعة، فاشتراها بغير العين، فلو تركها، فإن أخذها دفع له مثل الذي دفع لا الأقل، كقوله في الكفيل، فيحتمل أنه اختلاف قول، ويحتمل أن يفرق بأن المأمور أمره المأمور أن يسلفه دنانير أن يشتري له بها فأسلفه المأمور عرضًا، والكفيل لم يأمره الغريم أن يسلفه حتى تطوع، واشتري له دينه بسلعة بعد بائعها له لا مسلفًا، ولو كان سأله أن يعطي عنه الدين فدفع فيه عرضًا جبر الغريم في دفع مثل العرض أو ما عليه من الدين، ويدخله الخلاف فيما إذا دفع عنه ما يقضي مثله، وقيل: معنى مسألة الإقرار رضي أن يدفع مثل ما وذي، يعني: إن كان مكيلا أو موزونا، وإن كان قرضًا دفع قيمته كالحميل يصالح عن الغريم بعرض، وكمن ابتاع شقصًا بعرض للشفيع الأخذ بقيمة العرض لا بمثله، وإن كان من عين نصفها أدنى أوأجود، فقال الصقلي عن بعض الفقهاء: جائز لمتفق أن أحدًا لا يختار إلا دفع الأخف عليه.

وفيها: لو دفع ذهبًا عن ورق رد، والحمالة بحالها بخلاف المأمور يدفع خلاف ما أمر به من العين.

وقد قال ابن القاسم في دفع المأمور والكفيل ذهبًا عن ورق أو طعامًا أو عرضًا: الآمر والغريم مخيران في دفع ما عليه أو ما دفع عنه لتعديه، وهذا أصل متنازع فيه كثيرًا.

ابن رُشْد في رسم العرية من سماع عيسى: من قضى عن رجل دراهم عن دنانير أو بالعكس أو تمرًا عن قمح من أمر المدين رجع على من قضاه بما قضاه، وبقي الدين بحاله اتفاقا، فالفساد القضاء وإن قضاه بأمره، فإن قال: أصارفك لنفسي فيما لك من الذهب، وابتاع منك القمح الذي لك بهذا الثمن رجع بالدنانير والقمح، وإن قال فيهما: صالحني بما ذكر غريمك رجع بما دفع إلا أن يشاء الآمر دفع ما عليه اتفاقًا فيهما، وإن وقع ذلك مبهمًا دون بيان لأحد الأمرين، ففي حمله على أنه مبتاع لنفسه أو مصالح قولا ابن القاسم، وقول بعضهم: تخير الأمر، قول ثالث غير صحيح، وحاصل الخلاف أن في منع القضاء وجوازه قولان، بناء على إيجاب خيار الأمر العباد، ولغوه؛ لأنه حكمي.

وفي رجوع المأمور والكفيل بدفع دنانير عن دراهم، وقمحًا عن تمر بما دفع إلا أن يشاء المطلوب دفع ما عليه أو بالدين، ثالثها: ليرجع للكفيل بما أدى، والمأمور بالدين، وتفرقته في المدَوَّنة في أحد أقواله بين الحميل والمأمور؛ لأن الحميل إنما تحمل على أدائه للطالب ما له على المطلوب، ويتبعه بما أدى على شرائه ما على المطلوب، فوجب حمل أمره عند الإفهام على ما علم من قصده أولاً.

الصقلي: عن محمد: الحميل بدنانير إن دفع عنها دراهم قبل الأجل لم يحل، وبعد الأجل جائز، ويخرج الغريم ما عليه يشتري به دراهم إن نقضت لم يكن للحميل غيرها، ولا شيء له في الفضل، فرجع ابن القاسم عن تخييرالغريم في دفعه دراهم أو دنانير، وقال: هذا حرام، وقاله أشهب.

ابن رُشْد: في سماع يحيى: إن أدى عن دنانير دراهم أو قمحًا عن ثمن، ففي جوازه قولان، وعلى الجواز ففي رجوعه بها بما تحمل الغريم فيه.

وفيها: غرم عنه، قولان، وهذا معنى قولها: لا بربح في السلف، والقولان في كتاب الكفالة منها.

وفي منعه عن عين بمثلي وجوازها قولاً سلمها، وكفالتها بناء على تأثير الغرر فيما يرجع به الحميل؛ لتخيير الغريم لدفع ما عليه، وما أدى عنه، ولغوه؛ لأنه معروف.

ابن زرقون: في جواز ظن العين مما هو من ذوات القيم، ولو كان جزافًا مثليًا لا بمثلي غير جزاف، ومنعه مطلقًا، ثالثها: الجواز مطلقًا للمشهور، وتخريج التونسي، وقولها في الكفالة.

قُلتُ: ولابن رُشْد في آخر رسم الأقضية من سماع يحيى: إن أدى من تحمل بدنانير عنها عرضًا، والبلد يتبايع فيه بالدنانير جاز اتفاقًا للعلم؛ لأنه لا يختار إلا غرم الأقل، وفي منعه عن عرض بعين أو عرض مخالف له، سماع يحيى ابن القاسم، ونقل ابن رُشْد قائلا، وعلى الجواز فيما يرجع به القولان فيما إذا أدى عن دنانير دراهم، ولو أدى من تحمل عنه بعرض مثله من عنده ففي رجوعه بمثله أو قيمته، ثالثها: تخيير المطلوب فيهما له على المشهور معها، وقوله في الواضحة وسماع أبي زيد: ولو قضى عن الحميل عن العرض فاشتراه، فسمع يحيى ابن القاسم يرجع عليه بالثمن ما بلغ ابن رُشْد اتفاقًا، ومعناه: لم يشتره بأكثر مما يتغابن فيه البيوع.

قُلتُ: ما عزاه في الواضحة عزاه.

الصقلي: لأَصْبَغ عن ابن القاسم: ولو أدى من تحمل بمثلي مثله إن أداه من عنده، وبمثله إن اشتراه.

وقال بعض القرويين: إنما يرجع بما يحلف شراءه؛ لأن الغريم علم أنه يشتريه، ولو تحمل عنه بغير إذن لما وجب له إلا الأقل من الثمن أو نفس ما عليه.

وفي الموازيَّة: لغارم ثمن طعام تحمل به أن يأخذ به من الغريم أي طعام شاء، برضاه بخلاف البائع، ومن أحاله البائع.

وفيها مع غيرها: إن تحمل اثنان فأكثر بقدر على غيرهم لا بقيد، فكل حميل بالجزء المسمى لعددهم، والقدر، ولو قال: أيهم شئت أخذه بحقي فقط؛ فله أخذ أجرهم بجميعه، ولا رجوع للغارم على من تحمل له بها غرم، ولو قال: ولبعضهم كفيل ببعض مع قوله: أيهم شئت أخذت بحقي أو دونه، فإن أغرم أحدهم دون الحق، ففي رجوعه

عليه بنصف ما غرم كاملاً أو مسقطًا منه منابه في خاصته كدين عليهم تحملوا به قولان لابن رُشْد عن التونسي والموازيَّة مع سماع أبي زيد، وهو الآتي على ما فيها لغير ابن القاسم في مسألة الستة، وعزا عياض الأول لابن لبابة مع التونسي، والثاني: لمن ذكر مع كثير من الشُيُوخ الأندلس.

ابن الحارث: لا تجوز حمالة المكاتب اتفاقًا، ولو تحمل مع حق محق على ضرر بعيبه بما غرم عنه من ثمن ما ابتاعه، وبما يوجبه مساواته إياه فيما غرمه بالحمالة عن غيره، ثم في رجوعه عليه بذلك على مقتضى حال، إما بالغارم من لقيه فقط، أو على مقتضى حال ما يجب على كل واحد منهم مع كل من غرم، لو لقيهم رب الحق مجتمعين قولا الأكثر، ونقل عياض حيث قال: لو لقى ثاني الستة ثالثهم.

ففيها: يأخذه بخمسين قضاء عنه في خاصته، وبخمسة وسبعين نصف مائة وخمسين أداها بالحمالة فذلك مائة وخمسة وعشرون، وعلى هذا حسب كل الفقهاء المسألة في التراجع بينهم، وقال أبو القاسم الطنيزي الفارض: هذا غلط في الحساب، والواجب إذا التقى الثالث مع أحد الأولين أن يقول الثالث: نحن الثلاثة كانا اجتمعنا معًا، فاجتماع بعضها بعضًا، ولو اجتمعا معًا؛ كان المال علينا أثلاثًا علي منها مائتان قد غرمتها أنت وصاحبك عني خذ مائتك التي تقع لك، وادفع لصاحبك مائة إذا لقيته، وكذلك في بقية سائر المسألة.

قُلتُ: وقبله عياض وغيره، وهو غلط في التحفة؛ لأن ماله عدم غرم الثالث شيئًا بالحمالة؛ لأن جملة غرمه على قوله في لقائه الثالث: مائة، وهي واجبة عليه فيما عليه بالشراء واستواؤهما في التزام الحمالة يوجب استواؤهما في الغرم بها، واستواؤهما فيه يوجب رجوع الثاني على الثالث بما قاله الفقهاء.

[باب المضمون]

المضمون: ما يتأتى نيله من الضامن أو ما يستلزمه فيدخله الوجه، وكل كلي؛ لأن الجزئي الحقيقي كالمعين من غير المعين؛ ولذا جازت بعمل المساقاة؛ لأنه كلي حسبما دلت عليه أجوبتها مع غيرها، وتوقف فيها بعض المفتين(1).

وفيها: لا تجوز الكفالة بما ابتعته من شيء بعينه، وتجوز بما أدركه من درك في المبيع، فيغرم الثمن حين الدرك في غيبة البائع وعدمه، ولشرط خلاص السلعة؛ لم يجز الكفالة، ولم تلزم.

قال غيره: تلزمه، فعليه الأقل من قيمة المبيع يوم الاستحقاق أو الثمن.

قال ابن القاسم: إن شرط المبتاع على البائع خلاص السلعة في الدرك، وأخذ منه كفيلاً بذلك بطل المبيع والكفالة كمن باع ما ليس له، واشترط خلاصه على اشتراطه ولو عقد البيع على اشتراطه فسد البيع.

عياض: حمل بعضهم أول الكلام على أن الكفالة لم تشترط في العقد فصح، وفي آخره على اشتراط فيه ففسد، وقيل: إنما تعرض أولاً للزوم الكفالة وسقوطها، وأخرى على جواز البيع وفساده، وقيل: في جوازه بلزوم سقوط الشرط، وتخييره في التماسك به، فيفسد البيع وإسقاطه فيصح قولان.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما يتأتى نيله من الضامن)؛ معناه: شيء وهو جنس قوله: ما يتأنى نيله من الضامن أخرج به الحد وذو القصاص، وما ليس بمال ويخرج الجزئيات كلها؛ فإنه لا ضمان فيها.

(فإن قلت): بأي شيء يدخل الوجه.

قُلتُ: يظهر أنه أدخله بقوله: أو ما يستلزمه؛ لأن قوله أو ما إلخ عطف على فكأنه يقول المضمون: شيئان أما أن يتمكن فيه الأخذ من الضامن، أو ما يستلزم ما يتأتى أخذه من الضامن كضمان الوجه؛ لأن من لازمه الغرامة.

(فإن قلت): إن صح هذا فضمان الطلب كيف يدخل في هذه.

قُلتُ: فيه نظر، وذكر الشَّيخ هنا مسألة حسنة؛ وهي من ادعى دابة وأراد وقفها ليشهد عليها، ثم أعطى ضامنًا بها وأخرجها، فضاعت في الرعي، فقال سَحنون: يضمن، وقال أَصْبَغ: بعدم الضمان.

قال ابن رُشْد: بناء على ظاهر اللفظ أو المعنى والأظهر المعنى.

قال الشَّيخ: وهذا يشبه ضمان المعين فانظر ذلك فيه، والله الموفق.

والجزئي غير الحقيقي كالكلي في ثاني نكاحها، والرواحل منها من ابتاع سلعةً بدراهم بعينها غائبة؛ لم تجز إلا أن يشترط عليه بدلها إن كتبت، ومن ادعى دابة بيد رجل أراد وقفها بشبهة أتى بها بترك وقفها إلى إثباتها بضامن ما جاء فيها، وأخرجت للراعي فماتت ففي ضمانه إياها قولا سَحنون في نوازله، ونقل ابن رُشْد عن أَصْبَغ بناء على ظاهر اللفظ، والمعنى وهو الأظهر؛ لأن المعنى ضمان ما يخشى ممن هي بيده من تغيبها أو هروبه.

قُلتُ: هذا يشبه ضمان المعين.

عياض: هي الجنايات والحدود والقصاص، وعقوبات الأبدان لا يصح، ولأَصْبَغ في الواضحة في الفاسق المتعسف بالقتل، وأخذ المال يعطي حميلا بما اجترم من قتل، ومال فأنه يلزمه ويأخذ مما يؤخذ به إلا أنه لا يقتل.

قال فضل: انظر هل أراد أنه يؤخذ بها اجترم من المال إلا القتل والجراح، أو يؤخذ بالدية في القتل؟.

قال عياض: فعلى هذا هو مذهب التي الذي يلزم الحميل بالنفس في القتل والجراح، أو لم يأت به ودى دية المقتول وأرش الجراح.

اللخمي: المطلوب بحق الله لا يترك بحميل، كالحامل من زنى تسجن، وإن كان ذلك بإقرارها فالأمر واسع؛ لأن لها إن ترجع، واختلفت الأحاديث في الغامدية في بعضها أمرها رسول الله ﷺ بالانصراف حتى تضع، وفي بعضها أنه كفل بها[1]، واختلف هل الهروب رجوع، وهل يقبل الرجوع دون عذر؟ فمن أجازهما يجيز الترك بغير حميل، ومن تحمل بطلب من ثبت عليه حد بعد هروبه، فإن ثبت ببينة ألزم الوفاء بالحمالة، وإن ثبت بإقراره طلبه على الخلاف، وحميل المتحمل به غير مانع اتفاقًا، وحمل وقت الحمالة بالحق.

قال اللخمي: إن تحمل بعرض أو ثمن مبيع ففي عقد بيعه بخروج العطاء جاز، وتختلف إن كان في عقده، والثمن لأجل معلوم، وإن كان البيع والحمالة بخروج العطاء

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1695) في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

فسد البيع إن لم يكن المشتري من أهل الديوان، وإن كان من أهله، فكرهه مالك مرة، وخففه أخرى لحاجة الجند إلى القيمة، وجهل بقدره بشرط ما يسقطه.

قال ابن حارث فيه: إن شرط الحميل بدين تقرر أنه إن مات؛ فلا شيء على ورثته، وإن مات رب الدين؛ فلا شيء على الحميل، جاز اتفاقًا، وإن كان في عقد بيع ففي فسخه وسقوط الحمالة، وصحة سماع أَصْبَغ ابن القاسم وقوله.

قُلتُ: في نص السماع: قال أَصْبَغ: أرى جوابه هذا على عجلة، وغير علم بالمسألة، وأنه أجاب جواب غيرها مما سبق على ظنه بها، وإلا فلا.

ابن رش:د في فساد البيع مع سقوط الحمالة وصحتها وصحة البيع، وسقوط الحمالة رابعها: عكسه لابن القاسم وأَصْبَغ وغيرهما، والخلاف فيه كالبيع على رهن فاسد حسبما مر، وقول بعض أهل العلم: النظر قول ابن القاسم هذا خلاف قولها بإجازة البيع على رهن ذي غرر كالثمر قبل بدو صلاحه غير صحيح؛ لأن غرره الثمرة لا بصنعهما، وغرر الحمالة بصنعها، وهذه المسألة من غريب المسائل على مذهب ابن القاسم؛ لأنه يجيز الحمالة إن انفردت عن البيع ويبطلها ويفسد البيع إن اشترطت في أصله، وفرق أشهب بين الرهن والحمالة الصحيحين من أصل البيع الفاسد، فأبطل وجعل الرهن رهنًا بالأقل من الثمن أو القيمة، وابن القاسم يبطل الرهن والحمالة في أحد أقواله، ومن تحمل لفلان بماله على فلان لزم غرم ما أقر به فلان بإقراره، ووقفه على ثبوته ببينة نقلا اللخمي قولا ابن القاسم في الدمياطية والمدَوَّنة، قال: والأول أحسن في البزاز فيما العادة فيه في المداينة فيه بغير بينة، وسمع عيسى رواية ابن القاسم: من قال: أنا حميل بما بويع به فلان؛ لم يلزمه شيء مما بويع به إلا ببينة لا بإقراره، وكذا من شكا إليه مطل رجل، فقال: ما عليه علي لم يلزمه ما أقر به المطلوب إلا ما ثبت ببينة أن يداين بمثله المحمول عنه، ولا خلاف فيه عندي، ولا في مثله الشكوى، وقال: من أدركنا من الشُيُوخ هاتان المسألتان، خلاف دليل قولها فيمن قال لي: على فلان ألف درهم، فقال رجل: أنا بها كفيل، فأنكر فلان أنه لا شيء على الكفيل إلا ببينة على الحق؛ لأن الذي عليه الحق قد جحده، فقوله: لأن الذي عليه الحق قد جحده يدل على أنه لو أقر لزمته الحمالة، وليس بصحيح؛ لأن المسألتين مفرقتان من قال لمن قال: لي على فلان

ألف درهم أنا بها كفيل؛ لزمته الكفالة بإقرار المطلوب اتفاقًا، ولو قال لي: على فلان حق، فقال الرجل: أنا به كفيل، لم تلزم الكفالة بما أقر به المطلوب وأخذه ذلك من دليل قولها؛ لأن الذي عليه الحق قد جحده، فإن عيسى سمع مثله خلاف نقل ابن رُشْد، الاتفاق على عدم لزومه، وفي دعواه الفرق دون بينة نظر؛ لأن رد مستدل عليه بدعوى عرية عن دليل لغو، وإنما اختلف فيمن قال: أنا كفيل لفلان بألف دينار له على فلان في غرمها الكفيل، ولو أنكرها المطلوب، ثالثها: إن كان عديمًا، وعلى الأول: لا يلزم المطلوب غرم المحيل إلا ببينة بالحق لسماع يحيى ابن القاسم مع كتاب ابن سَحنون، ورواية أشهب، وما يقوم من قول ابن القاسم في أول رسم من سماعه من كتاب الشهادات حسبما تقدم.

قُلتُ: في الشفعة منها: من تكفل بنفس رجل، ولم يذكر ما عليه جاز، فإن غاب المطلوب، قيل: للطالب أثبت حقك ببينة، وخذه من الكفيل، وإن لم تقم بينة، وقال لي: على المطلوب ألف درهم؛ فله أن يحلف الكفيل على علمه، فإن نكل حلف الطالب، واستحق.

قُلتُ: انظر هذا مع متقدمي قول ابن رُشْد: تلزمه الكفالة بما أقر المطلوب إلا ببينة قولاً واحدًا.

الصقلي: ولا يرجع الحميل على الغريم بما حمل بنكوله إلا أن يقر الغريم؛ فللكفيل أن يغرمه، فإن نكل غرم.

قُلتُ: وعرضت بمسألة النكاح الأول في الرسول يضمن الصداق عمن أرسله إلى امرأة يخطبها، فأنكر العدد الذي عقد به فلم يضمن ابن القاسم الرسول وضمنه غيره.

ابن عبد السلام: وللشُيُوخ كلام في قول الغير: إنما يلزمه ما يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه هل هو تفسير أو خلاف.

قُلتُ: لا أذكر من حمله على الخلاف؛ بل نص.

الصقلي: وابن رُشْد على أنه وفاق.

وفيها: لو رجع القائل دائن فلانًا، وأنا به حميل، فقال: قبل أن يداينه: لا تفعل قد بدا لي في الحمالة؛ فذلك له بخلاف قوله: أحلف وأنا ضامن، ثم رجع قبل حلفه، لم

ينفعه رجوعه؛ لأنه حق وجب عليه، ففرق عبد الحق بأنه في الحمالة لم يدخله في شيء، والآخر ادخله في ترك الغريم ورفع طلبه، ولأن حلف الطالب هو مستقل به، والمعاملة لا يستقل بها بنفسه، ولأنه في الحلف ضمن شيئًا وجب، وفي المعاملة لم يجب بعد.

اللخمي: إن سمى القدر الذي يداين به؛ لم يكن له عنه رجوع، ويختلف أن أطلقه، فقال ابن القاسم: له أن يرجع، واختلف قول مالك في هذا الأصل إذا أكرى مشاهرة، فقال مرة، لا يلزمه شيء؛ لأنه لا غاية له، وألزمه مرة شهرًا، وكذا اختلف فيمن أعار أرضًا، ولم يضرب أجلاً هل تلزم العارية لمدة ما يرى أنه يعار إليها أو لا تلزم، وعلى أحد القولين يلزمه ذلك إلا أن يداين بمثله هذا، وإن داينه بأكثر من مداينة مثله مرة بعد مرة لزمه أولها، وسقط ما فوقه، وإن عامله بأكثر وأخذ فوق ما يعامله به مثله سقط عن الكفيل المطالبة بجميع ذلك.

وسمع عيسى رواية ابن القاسم من ترك مالا لم يدر قدره فتحمل ولده لغرمائه ديونهم على أن يخلوا بينه وبين التركة، فإن كان على أن يختص بفضل التركة عن الدين دون الورثة لم يجز، وإلا جاز؛ لأنه معروف، وهذا من أمر الناس، وفي سماع ابن القاسم من كتاب المديان: لو كان الدين ثلاثة أمثال التركة وورثه ولده فقط، فطلب تأخيره الغرماء سنتين على أن يضمن على دينهم لا بأس به، وبلغني مثله عن ابن هرمز ابن دحون، هذه المسألة رديئة، إلا أنه تبع فيها ابن هرمز؛ لأنه أخذ عينًا ليعطى إلى أجل أكثر منها، ولأنه ضمن ما يطرأ على أبيه من دين مجهول أو يطرأ دين لزمه، ولو شرط أنه لا يؤدي إلا دين من حضر لم يجز؛ لأن الغائب إذا قدم أخذ حظه من التركة ابن رُشْد هذا غير صحيح؛ إذ لا يجوز عند أحد من العلماء تقليد عالم لعالم فيما يراه باجتهاده أنه خطأ، إنما اختلفوا هل له ترك النظر في نازلة ليقلد من نظر فيها واجتهد، أم لا؟ ودليل مسائل مالك أن ذلك لا يجوز، فلم يتابع مالك ابن هرمز من دون نظر؛ بل أجازها بنظره، وحكى قول ابن هرمز احتجاجًا لصحة نظره، ووجهه أن المتروك لم يدخل في ضمان الغرماء، فيكونوا دفعوه فيما هو أكثر؛ لأن ذلك لو تلف كان من الميت، ولما كان باقيًا على ملك المتوفى؛ جاز أن يحل وارثه محله، والميت لو فلس ففعل ذلك مع الغرماء؛ جاز كذلك، فكذلك وارثه؛ ولذا لم يجزه مالك لأحد الورثة

إلا على الفصل بينهم لا له وحده.

وفيها: لا تجوز كفالة بكتابة، ومن عجل عتق عبده على مال جازت الكفالة به وكذا من قال لرجل: عجل عتق مكاتبك، وأنا بكتابته كفيل، وله اتباع المكاتب بذلك.

اللخمي: تجوز بالكتابة على أصل المذهب لإجازته أن يعطى رجل سيد عبد مالاً على أن يكاتبه، وهو لا يدري أيعتق أم لا؟ فكذا إذا لم يكاتبه سيده إلا بالحمالة، ولو كانت الكتابة نجمًا واحدًا، وقال الكفيل: حتى للأجل، وعجز وديته عنه جاز قولاً واحدًا، وكذا إن قال سيده: قف عليه كل نجم فعجزه لآخر نجومه، فإن جيء لأجلها غرم كل ما عجز عنه وكان حرًا، وإن مات قبل ذلك لم أتبعه بشيء.

وقال المازري إثر قوله: تخريج اللخمي على قول أشهب: هذا التخريج قد يقال فيه: من كاتب عبده على حميل بالكتابة أعطاه حميلاً بدين قد لا ثبت، وإنما تكون الحمالة بما يثبت، ومسألة أشهب إنما دفع له مالاً على أن يستأنف كتابة، ويسقط حقه في بيع العبد، وهذا مما ينظر فيه لإشكاله.

قُلتُ: إنما يقرر التخريج لو كانت علة المنع غرر ثبوت العتق وعدمه، وليس كذلك؛ إنما هي عدم تقرر ثبوت المتحمل.

فإن قلت: المعنى في عدم ثبوتها أنها قد تؤدى إلى عدم الحميل دون رجوع على أحد؛ لاحتمال عجز المكاتب بعد غرم الحميل حال المانع؛ لأنه إذا قال: لا يرجع به على أمر الحصول وعدمه، وهذا في مسألة أشهب موجود.

قُلتُ: المقصود في مسألة أشهب محقق الحصول، وهو نفس الكتابة لا المقصود منها، وهو العتق في الحمالة في الكتابة المقصود منها العتق، وقد لا يحصل فيؤدي لغرم المحلل مجانًا، وافتقارهم للتخريج، والبحث فيه يدل على عدم وجود هذا القول المخرج منصوصًا، وللصقلي في آخر كتاب المكاتب عن ابن عبد الحكم: لا بأس بالحمالة بالكتابة، كما لو تحمل رجل عن عبد غير مأذون في التجر بمال أو غير المولى عليه بشيء اشتراه أحدهما أن ذلك يلزمه، وإن ذهب ماله باطلاً؛ لأنه رضي بذلك.

قال الصقلي: ولا أعلم أن لي بهذا القول رواية ابن شاس: لا يجوز ضمان الجعل في الجعالة إلا بعد العمل، وتبعه ابن الحاجب: ولا أعرفه لغيرهما، وفيه نظر الغزالي في

ضمان الجعل من الحمالة وجهان، ومقتضى المذهب عندي الجواز لقولها مع غيرها بصحة ضمان ما هو محتمل الثبوت استقبالاً وقد تقدم، وتوجيه ابن عبد السلام نقل ابن الحاجب بقوله؛ لأن الحمالة قبل العمل ليست بعقد منبرم، فأشبهت الكتابة يرد بأن حمالة الكتابة تؤدي إلى الغرم مجانًا، حسبما تقدم؛ لأنها ليست دينًا ثابتًا، والجعل متى غرمه الحميل رجع به؛ لأنه بعد تقرره دين ثابت.

والحمالة: بالوجه جائزة ولو بوجه منكر.

فيها: من ادعى على رجل حقا فأنكره فتحمل به رجل آخر إلى غد على إن لم يأت به ضمن المال، فلم يأت به لم يلزمه حتى يثبت الحق ببينة حكمها لزوم إحضاره حيث يقدر الطالب عليه.

فيها: إن دفعه بموضع لا سلطان فيه، أو حال فتنة أو مفازة، أو حيث يقدر على الامتناع فيه إلا بما يمتنع في الموضع الذي ضمنه فيه.

اللخمي: إن كان المطلوب مقرًا حين الحمالة صح تسليمه حيث لا بينة، وإن كان حينئذ منكرًا، وأخذ الحميل عليه لإقامة البينة؛ لم يبرأ بتسليمه حيث لا بينة، وإن اشترط إحضاره ببلد، فأحضره بغيره، حيث تأخذه الأحكام، ففي براءته نقلا ابن عبد الحَكَم، وتخريجها المازري على شرط ضمان ما لا يفيد نظر، ولو خرب الموضع المشترط فيه حضوره ففي براءته بإحضاره فيه نقلا ابن عبد الحَكَم.

وفيها: لو دفعه له وهو في السجن برئ؛ لأنه يحبس له بعد تمام ما حبس فيه.

الباجي: ولو كان حبسه في دين أو دم أو غيره، ويكفي قوله: برئت إليك منه، وهو في السجن فتناوبه اللخمي، كان سجنه في حق أو تعديًا.

قُلتُ: في التعدي نظر؛ لأنه مظنة لإخراجه برفع التعدي عنه.

الباجي: شرط الإحضار كونه من المبيع أو وكيله على ذلك، وإحضار أجنبي لغو.

وفيها: وكذا لو أشهد الغريم أنه سلم نفسه إليه ضمن الحميل.

زاد في الموازيَّة: إلا أن يأمره الحميل بذلك، فيكون كوكيل الحميل على ذلك، وهو إذا لم يرض الطالب قبوله إلا بتسليم الحميل، ولو قبله برئ كمن دفع دينًا عن أجنبي للطالب ألا يقبله إلا بتوكيل الغريم، وله قبوله إلا أن يكون كوكيل الحميل على ذلك،

وهذا أن يكون الحميل أنكره بدفع نفسه إليه، فإن أشهد بذلك أحدًا برئ الحميل.

الباجي: سمع حسين بن عاصم، ولو شرط الحميل على الطالب إن لقيت غريمك فتلك براءتي برئ بلقائه بموضع يقدر عليه.

المازري: المشهور عدم سقوطها، بتسليم الغريم نفسه للطالب؛ لكن محمد قال: إلا أن يكون الحميل أمر الغريم بذلك، فجعل هنا، مقابل المشهور قول محمد، وظاهر كلام الباجي أن قول محمد، وفاق ثم صرح المازري عن ابن عبد الحكم ببراءة الحميل بتسليم الغريم نفسه لا بقيد النيابة عن الحميل.

قال: واختاره بعض أشياخي، وزاد: إن تمكن الطالب من الغريم بحضوره بين يديه، وعدم امتناعه يبريهز

قال: وفيه نظر.

قال: إلا أن تقوم قرينة بإسقاطه الكفالة، والمشهور بطء إحضاره عديمًا للمازري.

روى ابن الجهم: لا يبرأ إلا بإحضاره مليًا، وعبر عنه عياض، بقوله: روى ابن الجهم أنهما كحمالة المال، سواء تلزمه في كون ذلك، وزاد اللخمي في رواية ابن الجهم قال: لأنه تحمل وقت يسره، فيأتي به وقت عسره، فأتلف عليه ماله، والأول أبين إن كان معسرًا وقت حلول الأجل، وإن كان مليًا، وأتى به معسرًا لزمه المال، إلا أن تكون الحمالة بمال حال، وإن لم يتحمل ليؤخره.

قُلتُ: ففي براءته بمطلق إحضاره أو بقيد كونه مليًا، ثالثها: بقيد كونه مساويًا لحاله وقت ضمانه، ورابعها: لحلوله وقت الدين للمشهور، ونقل عياض ورواية ابن الجهم، ونقلها اللخمي، واختياره.

وفي غرمه ما عليه بعجزه عن احتضاره قولان للمشهور، ونقل اللخمي مع غيره عن ابن عبد الحكم، وعلى المشهور في تعجيل غرمه بعد احتضاره نقل الصقلي عن ابن وَهْب، والمشهور، وقال الباجي: في قول ابن وَهْب لعله يريد من بعدت غيبته، وعلى التلوم في كونه يومين أو ثلاثة أو فيهما ونحوه نقلا لابن رُشْد عن سماع يحيى ابن القاسم، وقولها: قلت: إن لم يأت به والغريم حاضر أو قريب الغيبة مثل اليومين أو اليوم تلوم له، وإن بعدت غيبته غرم الحميل مكانه، ولما حكى الصقلي قول ابن وَهْب،

قال: قال بعض فقهائنا: ما في المدَوَّنة أشبه؛ لأن التلوم الحاضر ثلاثة أيام ونحوها، فإن كانت غيبته يومًا تلوم له ثلاثة يومًا لخروجه ويومًا للإقامة، ويومًا لمجيئه، وإن كانت غيبته ليومين؛ صارت مدة التلوم يومين لذهابه، ويومين لمجيئه، ويومًا لإقامته فيكثر التلوم.

قُلتُ: هذا التقرير ينافي قولها: يتلوم في الغائب على يومين إلا أن يحمل قولها على التلوم لرجاء القدوم لا للخروج لإتيانه به، فتأمله، وكذا نقل ابن رُشْد في قدر التلوم ما يقدم فيه، فيه نظر؛ لأن ذلك القدر إنما وقع في السماع،

وفي المدَوَّنة: حدًا للغيبة التي يتلوم فيها، لا حدًا لمدة التلوم، ونص السماع: إن كانت غيبته قريبة اليوم، واليومين، والثلاثة، ولا يضر بالطالب أخذا على قدر ما يرى الإمام.

اللخمي: هذا يقتضي أن يؤخر سبعة أيام سيرًا، ورجوعًا وطلبًا، وقوله: ما لا يضر بالمتحمل له حسن ليس الطالب المقيم كالمسافر.

قُلتُ: ففي حد التلوم في قريب الغيبة ثلاثة أيام أو يوم ونحوه، وسبعة أيام، ورابعها: بحسب حال الطالب فيما لا يضر به، لنقلي ابن رُشْد ونقل اللخمي، واختياره، وعلى طريقة المازري.

قال المازري: قدر التلوم يوم ونحوه، وقيل: يومان، وقيل: ثلاثة، واختار بعض الأشياخ يومًا واحدًا.

خامسها: يومان.

وسادسها: يوم فقط.

اللخمي: إن أمكن من الخروج لطلبه؛ فللطالب أخذه بحميل خوف عدم رجوعه إلا أن يرى أن مثله لا يخشى منه ذلك، فإن لم يرفع أغرم الحميل الثاني، ولو حكم بغرمه وأحضره قبله ففي سقوطه نقلا الصقلي عن سَحنون، وقولها: ولم يضر.

اللخمي: الثاني: إلا لابن الماجِشُون، قال: وأرى إن قدم معسرًا، وكان يوم حلول الدين موسرًا مضى الحكم، وإن كان حينئذ معسرًا رد الحكم، ولو دفع الحميل المال رد له، وإن كان في اليومين موسرًا مضى الحكم، وهو كحميل بمال، واختلف هل يبرأ

بالحميل أم لا؟ ولو أثبت الحميل فقر الغريم في غيبته ليسقط حمالته، فقال المازري: يجري سقوطها بذلك عندنا على قولين؛ لأن حلف الغريم لو حضر مع البينة على فقره يمين استظهار لتهمته على أنه أخفى مالاً يمين التهمة ليس لها من القوة ما لا للأيمان، واختار بعض أشياخي سقوطها بذلك؛ لضعف يمين الاستظهار.

وفي سقوطها بموت الغريم مطلقًا، أو ما لم يمت في غيبته لو كلف الحميل إتيانه به قبل موته، وقبل حلول أجل الدين عجز عنه قولان لها مع الصقلي، فاعتبار الأولى، من خروج الحميل وإتيانه بالغريم بناء على اعتبار امتناعه، وفي الثاني من اعتبار إتيان الغريم فقط، بناء على عدم امتناعه، وقول ابن الحاجب: وعن ابن القاسم: إن مات بعد الأجل لزم.

وإن قلت: غيره فاطرحوه وهم.

وفيها: لو غرم الحميل، ثم أثبت بينة موت الغريم في غيبته قبل القضاء رجع بما غرم على رب الدين.

المازري: وفي سقوط الحمالة بموت حميل الوجه، وتعلقها بتركته قولا ابن الماجِشُون، والمشهور بناء على قصر تعلق الحمالة على عين الحميل، أو بذمته، وعلى المشهور لو مات الحميل قبل الأجل؛ برئ الورثة بإحضاره.

محمد: ويكفي إحضاره بعض الورثة، وتعقب بعضهم سقوطها بإحضاره قبل الأجل؛ لأنه لا يفيد الطالب؛ ولذا لا يبرأ الحميل بذلك.

المازري: لعل محمدًا يرى حلول الأجل في الموت بموت الحميل كحميل المال، وأن تأخير الطلب بها يوجب تعلقه بالتركة إن عجز عن إحضاره حين الأجل، فيلزم تأخير قسم التركة، وهو ضرر بالورثة، وللتونسي في شرح الموازيَّة إثر نقله منها قول عبد الملك.

قال محمد: يقال للورثة: جيئوا بالذي عليه الدين وإلا ضمنتم.

قال التونسي: لم يذكر متى يجيئون به، ولعله أراد عند حلول الأجل.

قُلتُ: لو أراد عند حلول الأجل لقال: وإلا غرمتم، ولم يقل: وإلا ضمنتم.

اللخمي: الصواب أنه لايبرأ الميت بإحضار الغريم قبل حلول الأجل، ويوقف

من تركته قدر الدين، فإن كان الورثة مأمونين وقف في ذمتهم.

وحمالة الطلب لا توجب غرم مال صيغتها حميل يطلبه، ويبرأ دفعه، ومثله قوله مع سماع أبي زيد ابن القاسم إن قال: حميل الوجه أطلبه، فإن لم أجده برئت من المال.

وفي المقدمات عن الموازيَّة: قائل لا يضمن إلا وجهه لا يلزمه مال.

ابن رُشْد: وفيه نظر لا فرق بين قوله أنا ضامن لوجهه. وقوله: لا أضمن إلا وجهه.

وفي ضمان الوجه عليه: ومن ضمن الوجه؛ ضمن المال، كما لا فرق بين قوله: أسلفني فلان ألف درهم، وقوله: ما أسلفني إلا ألف درهم في وجوب الألف درهم، وإنما يصح قوله: إن كان لكلامه بساط يدل على إسقاط المال، مثل أن يقال: تحمل له بوجه، فلان فإن جئت به برئت من المال، فيقول: لا أضمن إلا وجهه وشبه ذلك.

وفيها: لغير ابن القاسم زيادة على قوله: إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره ففرط فيه حتى أعوزه، فهذا قد غره، ومثله في سماع أبي زيد إن لم يحضره.

قال أشهب: أراه ضامنًا إن أخره ثم خلاه.

اللخمي عن ابن الماجِشُون: إن قدر على إحضاره فتركه حتى غاب فقد غر، وقال في المبسوط: هو ضامن.

ابن القاسم: إن لم يعرف.

ابن رُشْد: فيها مع غيرها: إنما عليه إن غاب عن موضعه أن يذهب إليه إن كان قريبا، وليس ذلك عليه إن كان بعيدًا، ولا يطلبه إن جهل موضعه.

اللخمي: لابن القاسم في الموازيَّة: إن لم يعرف موضعها لم يسجن فيه إلا أن يتهم بمعرفة موضعه، فيسجن على قدر ما يراه السلطان، ويرجى له الرد على صاحبه.

اللخمي: إن قوي دليل تهمته بمعرفة مكانه، لد من طلبه وإظهاره، فأغرم المال كان له وجه.

قُلتُ: في السماع المذكور إن قامت بينة أنه خرج وأقام بقرية ثم رجع، ولم يصل إلى الغريم سجن على قدر ما يرى السلطان وأما ضمان المال؛ فلا.

ابن رُشْد: في حد القرب الموجب طلبه بما يرى أنه يقدر عليه أو بأسفار الناس غير

النائية جدًا، ثالثها: بيومين، وما لا مضرة فيه، ورابعها: يتلوم له الأيام، فإن لم يأت به حبسه حتى يأتي به، لابن رُشْد عن سماع أبي زيد، ولابن عبد الحَكم عن ابن الماجِشُون في الواضحة قائلاً ابن حبيب: والشهر ونحوه من أسفار الناس كثيرًا، وأَصْبَغ وفضل عن ابن عبد الحَكم.

قُلتُ: وفي السماع المذكور إن كانت غيبة الغريم لا تعرف لم يكلف الحميل، وإن كان ببلد يقوى مثله على السير له؛ لزمه، فإن خرج حتى قدم، فقال: لم أجده، وقال الطالب: من يعرف بلوغه الموضع، فإن غاب قدر ما يبلغه صدق، وإن ضعف عن الخروج للموضع الذي نحاه الطالب؛ لم يلزمه.

اللخمي: هذا كقوله في الأجير على تبليغ كتاب، وخالفه غيره في الأجير، ويلزم على قوله: أن يكلف الحميل إثبات وصوله، ولما ذكر المازري تخريج اللخمي على قول الغير، قال: وفيه نظر؛ لأنه يريد أن يثبت بدعواه دينًا في ذمة، والدين لا يثبت إلا ببينة، والحميل لا يريد إثبات دين في ذمة، إنما يريد إثبات براءة من الطلب، ولا يمكن إقامة بينة عليه، فكان الغريم والطالب دخلا على تصديق الحميل، فهذا مما ينظر فيه.

وفيها: من أخر مدينه قبل حلول أجله لأبعد منه برهن أو حميل؛ لم يجز.

قال: والرهن والحمالة ساقطان.

الصقلي: لو كان الرهن في أصل العقد كان أحق به كقولها فيمن أخذ رهنًا بثمن أو قرض على أنه إن لم يفتكه فالرهن به لم يجز، وهو أحق به من الغرماء، وفي الموازيَّة: إن مات أو فلس في الأجل سقطا، وفي الثاني: سقطت الحمالة فقط.

الصقلي: هذا على قول أشهب: الرهن بجعل جائزا، ولأنه بدخول الأجل.

الثاني: صار كرهن في عقد، وهذا أشبه، ولابن القاسم ثبوت الحمالة بعد الأجل الأول؛ لأنه كمن خرج من يده شيئًا؛ لاحتمال قدرته حين حل الأجل على أخذ حقه.

اللخمي: إن أراد إن لم ينقص ذمة الغريم عن حالها يوم الحمالة فهي ساقطة، وإن نقصت فعلى الحميل للقدر الذي نقص له كان التأخير إعطائه حميلاً ببدل، فقال: أجله إليه جائز مطلقًا، وإلى أجل دونه، والدين عين أو عرض كذلك، فإن كان عرضًا من بيع، والقصد نفع الطالب بالتعجيل؛ جاز، ولنفع المطلوب بإسقاط الضمان؛ لم يجز،

وأعطاه بعد حلوله لتأخير، والغريم موسر جائز، وكذا إن كان معسرًا، والتأخير لم يرى أيسره إليه أو بعده.

وفي جوازه لما يرى اليسرة إليه أو قبله، قولا أشهب وابن القاسم: إن كان بالبعض؛ فالحمالة به ليؤخره جائزة، وكذلك ما هو به معتبر على تعجيل ما هو به موسر، وعلى تأخيره لا يجوز.

قُلتُ: وهو معنى قول ابن الحاجب، وإن كان موسرًا بالبعض؛ جاز ضمان أحدهما دون الجميع.

ابن عبد السلام: وفيه نظر إذا فرضنا أن حاله في العسر لا ينتقل لليسر في ذلك الأجل؛ لأنه لو كان موسرًا بالجميع؛ لجازت المسألة، ولو كان معسرًا لا يقدر على قضاء شيء من دينه؛ لجازت المسألة أيضًا.

قُلتُ: لا يخفى على منصف سقوط احتجاجه على ما زعمه من النظر؛ لأنه إذا كان معسرًا بالجميع فلا عوض عن الحمالة بوجه، وإن كان موسرًا بالبعض؛ فالعوض عنها موجود، وهو تأخيره بالبعض الذي هو به موسر يدخله ضمان بجعل، وسلف جر نفعًا حسبما قرره غير واحد.

اللخمي: من قيد حمالته بعسر الغريم أو جحده أو لدده أو غيبته أو موته لم يلزمه إلا ثبوت الشرط، فلو علقه بغيبته فحل الأجل وهو حاضر مقدور على طلبه، ففرط طالبه حتى غاب سقطت الحمالة، ولو قال: إن جحد أو افتقر؛ لم يلزمه إن غاب.

[باب صيغة الحمالة]

صيغة الضمان: ما دل على الحقيقة عرفًا.

فيها: من قال: أنا حميل بفلان، أو زعيم، أو ضامن، أو قبيل، أو هو لك عندي، أو إلي أو قبلي؛ فهي حمالة لازمة إن أراد الوجه لزمه، وإن أراد المال لزمه.

عياض: ومثلها: قبيل، ودين وعزيز وضمين، وكوين، وفي حمل لفظها المبهم العاري عن بيان لفظ أو قرينة عن المال، والنفس نقلا عياض عن شُيُوخنا.

ابن رُشْد: الأصح الأول لقوله ﷺ: **«الحميل غارم»**[1].

(1) أبو داود: في حديث واحد برقم (3328) في البيوع، باب في استخراج المعادن، وابن ماجه: رقم (2406) في الصدقات، باب الكفالة.

فهرس الموضوعات

باب الفوات في المبيع 5

كتاب البيوع الفاسدة 36

باب بيع الاختيار 67

باب الإقالة 83

باب في شرط الإقالة في الطعام قبل القبض 84

باب التولية 105

باب الشركة 111

باب بيع المساومة 118

باب المرابحة 118

باب المزايدة 118

باب الاستيمان 118

باب المرابحة 120

باب صيغة قدر الربح والوضيعة 121

باب في قدر الوضيعة 122

باب فيما يحسب له الربح من عوض المبيع 124

باب في الغش 146

باب الإبار في النخل 165

كتاب العرية 176

باب في شروط رخصة العرية 178

باب في الذي يبطل العرية 185

كتاب الجوائح 189

باب فيما يشترط فيه الثلث في وضع الجوائح 196

كتاب السلم 230

باب فيما يعتبر في عوض السلم 239

باب حد الكبر في الخيل 244

باب في الذمة 261

باب ما يلزم فيه قضاء المسلم فيه من الجانبين 290

باب حسن الاقتضاء والقضاء 290
باب في جواز اقتضاء غير جنس ما أسلم فيه 294
كتاب القرض 300
باب في متعلق القرض 303
باب المقاصة 313
كتاب الرهن 319
باب صيغة الرهن 322
باب المرهون 323
باب في شرط الرهن 324
باب المرهون فيه 341
باب في صفة قبض الرهن فيما ينقل وضبطه فيما لا ينقل 345
باب في حوز الرهن 348
كتاب التفليس 392
باب في دين المحاصة 442
كتاب الحجر 444
باب في صيغة الإذن في التجر 462
باب في المرض المخوف 469
كتاب الصلح 477
كتاب الحوالة 488
باب صيغة الحوالة 490
باب في شروط الحوالة 491
كتاب الحمالة 500
باب المتحمل له 503
باب في الحميل 503
باب ما تسقط به الحمالة 506
باب المضمون 513
باب صيغة الحمالة 526
فهرس الموضوعات 527